

# DES MESURES PROVISOIRES

## relatives à la Personne de la Femme

AU COURS DE

**l'Instance en Divorce ou en Séparation de Corps**

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le Mercredi 19 Juin 1907, à 2 heures*

PAR

**Gustave ROËSER**

---

*Président : M. WEISS, professeur*

*Suffragants* { MM. PIÉDELIEVRE, professeur  
JACQUELIN, professeur

---

PARIS

**IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE**

15, Rue Racine, 15

---

1907



THÈSE  
POUR  
LE DOCTORAT

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

---

# DES MESURES PROVISOIRES

## relatives à la Personne de la Femme

AU COURS DE

**l'Instance en Divorce ou en Séparation de Corps**

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le Mercredi 19 Juin 1907, à 2 heures*

PAR

**Gustave ROËSER**

---



*Président : M. WEISS, professeur*

*Suffragants* { *MM. PIÉDELIEVRE, professeur*  
*JACQUELIN, professeur*

---

**PARIS**

**IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE**

15, Rue Racine, 15

---

1907



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

DES

# MESURES PROVISOIRES

Relatives à la personne de la Femme

Au cours de l'Instance

en Divorce ou en Séparation de Corps

---

## INTRODUCTION

Après avoir été banni de notre législation pendant la plus grande partie du siècle dernier, le divorce est de nouveau et depuis plus de vingt ans inscrit dans nos codes. Les violentes discussions qu'a fait naître la question de son rétablissement se sont apaisées et quoique le divorce compte aujourd'hui encore d'irréductibles adversaires, la majorité de l'opinion a définitivement accepté une institution qui est appa-

rue comme un remède imparfait mais nécessaire à des situations intolérables.

Nous ne nous proposons pas de faire après tant d'autres l'exposé des motifs qui militent en faveur du divorce et des raisons qui ont été invoquées pour l'exclure de notre législation ; nous n'avons pas non plus pour but de rechercher si, et dans quelle mesure, il y aurait lieu d'élargir le divorce comme le réclame actuellement un certain mouvement d'opinion.

L'objet de la présente étude est tout à la fois plus restreint et plus pratique.

Prenant le divorce moins comme un problème que comme un fait, nous voulons examiner quelle est la situation de la femme au cours de l'instance en divorce, pendant cette période transitoire qui sépare deux états si différents : l'un antérieur au procès, l'état de mariage, l'autre postérieur : la liberté que le divorce prononcé rendra à chaque époux.

Les instances en divorce, telles que les font et notre législation et notre pratique judiciaire, sont parmi les plus longues que l'on rencontre. L'encombrement des rôles dans les grands centres judiciaires, la nécessité pour le tribunal insuffisamment éclairé d'ordonner dans la majorité des cas une enquête, certaines mesures de publicité et certains délais particulièrement longs établis par la loi, souvent aussi l'esprit de chicane du conjoint défendeur contribuent à donner à ces instances une durée inusitée. De longs

mois toujours, plusieurs années souvent s'écoulent entre le moment où l'époux demandeur présente au président du tribunal sa requête en divorce et celui où la transcription du jugement en rendant le divorce définitif sépare ceux qui n'auraient jamais dû s'unir.

Dès lors la nécessité s'impose de se préoccuper de ce que vont devenir pendant ces longs débats les époux et les enfants nés du mariage ; des mesures doivent être prises, destinées à régler leur sort pour la durée de l'instance. Il va falloir assigner à la femme une résidence autre que le domicile conjugal, car la vie en commun n'est désormais plus possible ; pour que la femme puisse vivre ainsi séparément, il sera nécessaire que le mari, qui dispose de toutes les ressources du ménage, lui fournisse une pension alimentaire, ainsi qu'une provision *ad litem* pour qu'elle ait les moyens de plaider ; il y aura lieu également de décider à qui sera confiée la garde des enfants. Enfin la femme devra être autorisée à prendre certaines mesures pour la conservation de ses biens, par exemple à faire apposer les scellés sur les biens communs.

L'importance pratique de ces questions est encore accrue par cette considération que le nombre des divorces augmente chaque jour. A quoi cela doit-il être attribué ? Nous n'avons pas à le rechercher. Mais ce qui est intéressant pour nous à constater, c'est, indépendamment de ses causes, ce fait même

de l'augmentation progressive du nombre des divorces et, par suite, l'application de plus en plus fréquente de la procédure du divorce et spécialement des mesures ordonnées pour la durée de l'instance.

Ne pouvant embrasser le sujet tout entier nous nous bornerons à étudier celles de ces mesures qui concernent la personne de la femme et qui sont destinées, d'une part à soustraire la femme au milieu conjugal qui lui est désormais odieux et, d'autre part, à lui fournir les ressources nécessaires pour assurer sa subsistance et pour lui permettre de faire valoir ses droits en justice. Nous laisserons donc en dehors de notre travail les mesures relatives aux enfants et celles prises pour la sauvegarde des biens de la femme.

Particulièrement digne d'intérêt est la situation de la femme au cours de l'instance en divorce. Toujours unie légalement à un être pour qui elle n'éprouve plus souvent qu'aversion et mépris, et en réalité seule et livrée à elle-même, il lui faut traverser, sous l'œil malveillant d'une société plus disposée à la blâmer qu'à la plaindre, au milieu des embûches et des sollicitations dont est l'objet toute femme isolée, les longues épreuves à la suite desquelles seulement il lui est permis d'apercevoir la rupture du lien qui lui est désormais devenu si lourd et la possibilité d'une vie plus heureuse. On comprend sans peine avec quel soin doit être réglementée cette matière.

La loi du 27 juillet 1884 rétablissant le divorce

s'était bornée à cet égard, comme pour tout ce qui touche à la procédure du divorce, à faire revivre les articles du Code civil abrogés en 1816 ; c'est la loi du 18 avril 1886 qui a traité des mesures qui nous intéressent et il faut lui rendre cette justice qu'elle en a compris l'importance.

Malheureusement beaucoup de points ont échappé à la vigilance du législateur qui ne peut d'ailleurs pas tout régler. Depuis plus de vingt ans que la loi sur la procédure du divorce a été promulguée de nombreuses difficultés se sont fait jour ; les tribunaux ont eu souvent à intervenir.

Sans négliger les opinions de la doctrine nous nous attacherons tout spécialement à l'étude de la jurisprudence. Nous rechercherons si les tribunaux se sont toujours arrêtés aux solutions que commandaient et la volonté du législateur et le juste souci des intérêts en cause. Nous nous demanderons si dans leur désir bien légitime d'assurer de la façon la plus satisfaisante le sort de la femme ils n'ont pas parfois, en s'attribuant certains pouvoirs, méconnu non seulement l'esprit mais le texte même de la loi.

Les mesures provisoires que nous allons étudier en nous plaçant dans l'hypothèse du divorce sont communes au divorce et à la séparation de corps, en vertu de l'article 307 du Code civil modifié par la loi de 1886, qui déclare applicables à la séparation de corps les articles 236 à 244 du Code civil. Les ques-

tions que nous allons envisager se poseront donc dans les mêmes termes dans les deux hypothèses ; aussi ne diviserons-nous pas en général les développements que nous donnerons et les solutions que nous proposerons ; sauf avis contraire ce que nous dirons du divorce pourra s'étendre à la séparation de corps. Pour la même raison nous invoquerons indifféremment les décisions judiciaires concernant l'une ou l'autre des deux institutions.

De même nous n'hésiterons pas à citer au besoin les décisions rendues par les tribunaux ou les opinions émises par les auteurs avant 1886 en matière de séparation de corps sur les questions qui se posent maintenant dans les mêmes termes que sous l'ancienne législation par suite de l'identité des textes.

Enfin nous aurons occasion de signaler, au cours de notre travail, que les mesures provisoires qui nous intéressent sont, en principe et sous certaines réserves, applicables au mari. Ajoutons toutefois qu'en fait — l'examen de la jurisprudence le prouve — c'est uniquement en faveur de la femme qu'elles sont ordonnées et c'est en tous cas à l'égard de celle-ci seulement que nous les étudierons.

Nous diviserons notre sujet de la façon suivante :

Dans une première partie, après avoir rappelé brièvement la législation antérieure à 1886 en notre matière, nous traiterons des règles communes aux diverses mesures provisoires ; nous parlerons notam-

ment des caractères généraux des décisions qui les prescrivent et des voies de recours dont ces décisions sont susceptibles.

Une seconde partie sera consacrée à l'étude de la résidence séparée de la femme, dans laquelle sera comprise celle de la remise des effets personnels à la femme.

La pension alimentaire, destinée à assurer la subsistance de la femme pendant l'instance et la provision *ad litem*, dont le but est de lui fournir les ressources nécessaires pour agir en justice feront l'objet de deux autres parties.



# Première partie

---

## DES MESURES PROVISOIRES EN GÉNÉRAL

---

Législation antérieure à la loi du 18 avril 1886

Avant d'entrer dans l'examen des règles édictées par la loi de 1886 rappelons rapidement comment notre matière avait été réglementée antérieurement à cette loi.

La loi du 20 septembre 1792, qui introduisit le divorce en France, ne contenait aucune disposition relative à nos mesures. On admettait toutefois sous l'empire de cette loi que la femme pouvait pendant l'instance demander à son mari une provision alimentaire et en outre se faire remettre les effets à son usage personnel même au delà du strict nécessaire (1). On comprend d'ailleurs que le législateur

---

1. Cass., 5 nivôse an XII. P. chr. et Paris, 9 thermidor an XI, S. Chr.

révolutionnaire se soit peu préoccupé du sort de la femme pendant l'instance. Uniquement soucieux de « faire jouir les Français de la faculté du divorce » de la façon la plus large possible, il se bornait à poser le principe du divorce et à énumérer des causes très nombreuses de dissolution du mariage, parmi lesquelles il faisait figurer non seulement le consentement mutuel des époux mais même l'incompatibilité d'humeur alléguée par un seul d'entre eux. Peu leur importait la procédure, l'essentiel était que l'on pût divorcer facilement et rapidement.

Toute autre, au contraire, était la conception du Code civil. La procédure du divorce n'était pas apparue uniquement aux auteurs du Code comme la forme sous laquelle les époux devaient faire valoir leurs droits. Voulant réagir contre l'excessive facilité de la loi de 1791, ils l'avaient réglementée d'une façon toute spéciale et de manière à ce qu'elle constituât par sa longueur, sa complication, les formalités imposées aux époux, une garantie même du bien-fondé de la demande. Ils avaient vu là un moyen d'assurer aux époux le temps de la réflexion et d'éviter les divorces demandés sans raison sérieuse. Aussi le Code civil règle-t-il à la fois au titre du divorce et le fond du droit et la forme, la manière de procéder, qui aurait dû trouver place dans le Code de procédure. Mais ce dernier n'était pas encore rédigé et les auteurs du Code civil ont préféré ne pas attendre qu'il fût fait et

incorporer dans le Code civil cette procédure qui avait tant d'importance à leurs yeux. L'anomalie ainsi créée a subsisté, les lois de 1884 et 1886 ayant placé également dans le Code civil les dispositions nouvelles qu'elles édictaient.

Rappelons très brièvement quelle était cette procédure du Code civil : l'époux demandeur présentait en personne au président du tribunal sa requête avec les pièces à l'appui ; celui-ci après l'avoir entendu et lui avoir fait les observations qu'il jugeait convenables dressait procès-verbal de la remise de la demande et des pièces et rendait une ordonnance fixant un jour pour la comparution des parties devant lui.

Au jour fixé s'il ne parvenait pas à concilier les parties il en dressait procès-verbal et ordonnait la communication de la demande au tribunal, qui accordait la permission de citer ou la suspendait pendant un délai qui ne pouvait excéder vingt jours. Puis citation était donnée au défendeur à comparaître à huis clos devant le tribunal pour présenter ses observations et faire connaître ses témoins. Les parties ayant été ensuite renvoyées à l'audience publique, un premier jugement devait être rendu pour statuer sur les fins de non-recevoir et, en cas de rejet, déclarer la demande admise ; c'est alors seulement que le tribunal pouvait statuer sur le fond et ordonner une enquête ou faire droit à la demande en divorce. L'enquête se faisait à l'audience.

Rien n'avait donc été négligé pour rendre la procédure longue et compliquée. Mais comme conséquence le législateur devait se préoccuper de régler la situation de la femme pendant l'instance. Aussi trouvons-nous une section intitulée : « Des mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée. » La loi autorisait la femme à quitter le domicile du mari pendant l'instance et à demander une pension. Le tribunal avait mission de choisir la maison où la femme résiderait et de fixer le chiffre de la pension (art. 268). Enfin l'obligation de la femme de résider au lieu indiqué était sanctionnée comme elle l'est encore actuellement par le refus de la pension par le mari et la non-recevabilité à continuer les poursuites (article 269).

Telles étaient les dispositions relatives à l'instance en divorce.

Quant à la séparation de corps, le Code civil se bornait à déclarer qu'elle serait intentée, instruite et jugée comme toute autre action civile et il ne prévoyait aucune mesure provisoire pour la durée de l'instance.

Le titre du divorce au Code civil avait été promulgué le 31 mai 1803. Le 2 mai 1806 était promulguée la partie du Code de procédure contenant le titre intitulé : « De la séparation de corps et du divorce ». Dans ce titre qui ne parlait du divorce

que pour renvoyer à la procédure prescrite par le Code civil, la loi établissait pour le début de l'instance en séparation de corps une procédure analogue à celle adoptée par le Code civil pour le divorce : présentation d'une requête au président, puis comparution des deux parties devant le président qui rend une ordonnance de non-conciliation renvoyant les parties à se pourvoir ; à partir de ce moment la cause était jugée comme toute autre demande.

Mais à notre point de vue le Code de procédure réalisait un progrès important : l'article 878 en effet contenait la disposition suivante, qui montre que déjà le législateur comprenait la nécessité de mesures provisoires prises dès le début de l'instance avant même que le tribunal soit saisi : « Il (le président) « autorisera par la même ordonnance (de non-conciliation) la femme à procéder sur la demande, et à « se retirer provisoirement dans telle maison dont « les parties seront convenues ou qu'il indiquera « d'office ; il ordonnera que les effets à l'usage journalier de la femme lui soient remis. » Le texte prenait soin d'ajouter : « Les demandes en provision « seront portées à l'audience. »

Le divorce ayant été aboli en 1816, la séparation de corps resta seule en vigueur jusqu'en 1884 ; et spécialement en ce qui concerne les mesures provisoires le laconisme du Code civil et du Code de procédure civile donna lieu à de nombreuses difficultés

sur le point de savoir dans quelle mesure on devait étendre à la séparation de corps les règles édictées par le Code civil pour le divorce. Disons seulement que la jurisprudence n'hésitait pas à étendre à la séparation de corps les règles posées pour le divorce toutes les fois que l'analogie des situations et l'intérêt des parties paraissaient le commander.

Nous n'avons pas à exposer ici quelles tentatives furent faites au cours du siècle dernier pour réintroduire le divorce dans nos lois, ni à la suite de quelles discussions il fut de nouveau admis dans notre Code civil.

La loi du 27 juillet 1884 rétablit le divorce en apportant au système du Code plusieurs modifications dont la principale était la suppression du divorce par consentement mutuel.

Mais dans le désir de hâter le plus possible la discussion et le vote d'une loi impatiemment attendue, on n'avait pas voulu s'attaquer à la procédure du divorce et la loi nouvelle se bornait à faire revivre à ce point de vue les anciens articles du Code.

Les réclamations et les plaintes ne tardèrent pas à s'élever contre cette procédure ; il semblait que par le fait des complications, des lenteurs et des frais qu'entraînait l'instance en divorce la plus dénuée d'incidents, il fût impossible d'obtenir justice et que la loi nouvelle allait sinon rester lettre morte, du moins ne pas produire les effets bienfaisants qu'on était en droit d'en espérer.

Une seconde intervention du pouvoir législatif s'imposait : la loi du 18 avril 1886 en fut le résultat,

Débarrassant la procédure du divorce de toutes les complications inutiles qu'elle contenait et réalisant ainsi une économie de frais pour les plaideurs et de temps pour les magistrats, posant en principe que l'action en divorce sera jugée comme toute autre action civile, mais ayant soin d'y maintenir les garanties nécessaires, le législateur n'a pas négligé non plus de régler d'une façon plus complète le sort de la femme au cours de l'instance.

#### Législation actuelle.

Quelle est la procédure suivie aujourd'hui ?

Comme sous l'empire du Code civil et de la loi du 27 juillet 1884 le premier acte de la procédure en divorce est la présentation d'une requête par le demandeur au président du tribunal ou au juge qui en fait fonction.

Le juge entend le demandeur, lui fait les observations qu'il juge convenable, et, si celui-ci persiste dans sa demande, il l'autorise à citer son conjoint en conciliation devant lui aux jour et heure qu'il indique.

A ce jour il entend les deux époux et s'il ne parvient pas à les réconcilier il rend une ordonnance de non-conciliation, ou de défaut si le défendeur n'a

pas comparu, et il autorise le demandeur à assigner devant le tribunal. Dès lors la procédure se suit comme en droit commun avec certaines particularités, qui ne nous intéressent pas, pour l'enquête (qui n'a désormais plus lieu à l'audience), la publicité des demandes ou des jugements par défaut, etc.

Nous devons, pour l'étude des mesures provisoires, distinguer deux périodes :

1° De la présentation de la requête à l'assignation devant le tribunal ;

2° De l'assignation devant le tribunal au jugement ou à l'arrêt définitif.

Pendant la première période c'est en principe au président conciliateur qu'il appartient d'ordonner les mesures provisoires ; pendant la seconde le tribunal a pleins pouvoirs à cet effet. Nous verrons d'ailleurs que d'autres autorités peuvent être également appelées à statuer.

#### PREMIÈRE PÉRIODE

Le président au cours de la période qui s'étend du début de l'instance à l'assignation devant le tribunal rend, nous l'avons dit, deux ordonnances : l'une par laquelle il autorise le demandeur à citer son conjoint en conciliation ; l'autre dans laquelle, après avoir constaté la non-conciliation des parties ou le défaut

du défendeur, il donne au demandeur l'autorisation de saisir le tribunal.

## I

Dès la première ordonnance — et c'est là un premier progrès réalisé par la loi du 18 avril 1886 — il a la faculté de prescrire une mesure destinée à s'appliquer au cours de l'instance : « Le juge, dit l'article 236, peut, par l'ordonnance permettant de citer, autoriser l'époux demandeur à résider séparément en indiquant s'il s'agit de la femme, le lieu de la résidence provisoire. » La résidence est la seule mesure qui ait paru au législateur présenter un caractère d'urgence tel qu'elle doive être prescrite sans attendre l'ordonnance de non-conciliation. Il est regrettable toutefois que la femme ne puisse au moins obtenir par cette décision la remise de ses effets personnels : c'est là une mesure accessoire de la résidence séparée et qui en semble la conséquence nécessaire.

La fixation de résidence étant la seule mesure provisoire prescrite par la première ordonnance, c'est en traitant de la fixation de résidence que nous examinerons les questions qui se posent au sujet de cette ordonnance, notamment celle de savoir si elle est susceptible d'appel. Arrivons donc de suite à l'ordonnance de non-conciliation.

## II

Par l'ordonnance de non-conciliation, le président peut ordonner toute une série de mesures provisoires, de sorte que cette ordonnance a, au point de vue qui nous occupe, une grande importance.

Tandis que, nous l'avons vu, selon le Code civil, en matière de divorce, le droit d'ordonner les mesures provisoires était exclusivement réservé au tribunal, et que d'après le Code de procédure civile, le président conciliateur pour la séparation de corps n'avait compétence pour statuer que sur la résidence séparée de la femme et la remise des effets à l'usage journalier de celle-ci, la loi de 1886 a donné au magistrat conciliateur des pouvoirs très étendus.

Il peut statuer sur la résidence de l'époux demandeur, sur la remise des effets personnels, et sur la demande d'aliments. La question est controversée de savoir s'il peut statuer sur la provision *ad litem*, nous l'étudierons ultérieurement quand nous traiterons de cette provision.

Le législateur a pensé que ces mesures répondaient à des nécessités pressantes, et que le juge ayant devant lui les deux parties, les entendant contradictoirement en leurs explications, pouvait déjà se faire une idée suffisamment exacte de la situation pour ordonner ces mesures.

D'ailleurs elles sont essentiellement provisoires, révocables, et il ne saurait par suite y avoir aucun inconvénient à ce que le président les ordonne puisque le tribunal, dès qu'il va être saisi, et il doit l'être plus tard dans les vingt jours, aura la faculté de les modifier.

Toutes ces mesures peuvent être demandées oralement devant le président ; il n'est pas nécessaire, quoiqu'il en sera généralement ainsi, que la demande en ait été formulée dans la citation en conciliation.

A raison du caractère urgent de ces mesures, la loi ordonne que l'ordonnance de non-conciliation sera exécutoire par provision.

« Cette ordonnance, dit l'article 238 § 3, est exécutoire par provision, elle est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 du Code de procédure civile. »

De cette assimilation à l'ordonnance de référé pour le délai d'appel établi par l'article 809, on conclut que le président pourrait même prescrire l'exécution de son ordonnance sur minute, et que le même droit appartient à la Cour saisie de l'appel de l'ordonnance (Orléans, 25 mai 1898. *Le Droit*, 24 décembre 1898).

### III

Quelles *voies de recours* sont ouvertes contre l'ordonnance de non-conciliation ?

Nous venons de voir que la loi autorise l'appel et qu'il doit être formé dans les mêmes délais que l'appel des ordonnances de référé, c'est-à-dire qu'il pourra être interjeté même dans la huitaine de l'ordonnance et qu'il ne pourra l'être plus de quinze jours après la signification.

Avant 1886 une controverse s'était élevée sur le point de savoir si l'ordonnance de non-conciliation était susceptible d'appel.

L'opinion qui avait fini par l'emporter était que l'ordonnance rendue en matière de séparation de corps était susceptible de recours par rapport à celles de ses dispositions qui avaient un caractère contentieux ou avaient soulevé un véritable débat, mais non pour les autres (Cass., 15 février 1859. S. 59. 1. 202).

Selon certains auteurs, il faut aujourd'hui encore maintenir la distinction ancienne ; c'est ainsi que la partie de l'ordonnance contenant autorisation de citer serait définitive, de même la disposition disant que l'ordonnance ne fait que consacrer un accord.

Nous ne saurions admettre cette distinction.

Nous estimons bien qu'on ne peut frapper d'appel l'ordonnance de non-conciliation en ce qu'elle autorise le demandeur à assigner, puisqu'il y a là une décision qui s'impose, et que ce n'est pas la faculté d'ajourner à vingt jours qui peut être considérée

comme impliquant pour le juge un large pouvoir d'appréciation.

De même au cas où le président n'a fait que constater l'accord des parties, il est évident que l'ordonnance ne pourra être frappée d'appel. De quoi, en effet, les parties se plaindraient-elles ? A quel titre viendraient-elles attaquer une décision qui n'est que la consécration judiciaire de conventions qu'elles ont librement acceptées ?

Mais point n'est besoin, pour admettre cette solution, de faire intervenir la distinction de la juridiction contentieuse et de la juridiction gracieuse. Toutes les fois qu'une décision judiciaire est rendue du consentement de toutes les parties en cause, aucune d'elles ne peut l'attaquer et rompre ainsi le contrat judiciaire qui s'est formé.

Et encore, dans le cas qui nous occupe, exigeons-nous deux conditions : d'une part, que les questions sur lesquelles le président a constaté l'accord des parties rentrent dans sa compétence, et en outre que l'ordonnance constate non seulement qu'il n'y a pas eu débat, et que les époux ne se sont pas opposés aux mesures prescrites, mais encore qu'ils y ont donné leur adhésion formelle. A ces deux conditions seulement, l'ordonnance sera, selon nous, inattaquable.

Le droit de frapper d'appel l'ordonnance de non-conciliation, et, d'autre part, la faculté pour le tribu-

nal, dès qu'il est saisi, d'ordonner toutes les mesures provisoires utiles, ont fait surgir la grave question de la conciliation des pouvoirs de la Cour, saisie de l'appel de l'ordonnance de non-conciliation avec ceux du tribunal. Nous ne parlons ici de cette question que pour mémoire nous réservant d'en faire l'examen quand nous étudierons les pouvoirs du tribunal en matière de mesures provisoires.

L'ordonnance de non-conciliation est-elle susceptible d'opposition ?

Nous n'hésitons pas à répondre par la négative. Tout d'abord cette solution paraît commandée par l'article 238, qui renvoie pour l'appel à l'article 809 du Code de procédure civile relatif aux ordonnances de référé ; or cet article décide que ces ordonnances ne sont pas susceptibles d'opposition. Sans doute l'article 238 ne déclare pas assimiler d'une façon complète, quant aux voies de recours, l'ordonnance de non-conciliation à l'ordonnance de référé ; le renvoi a trait uniquement au délai de l'appel. Cependant n'est-il pas permis de croire que le législateur était guidé par l'idée que l'ordonnance de non-conciliation, qui, à beaucoup d'égards, ressemble à l'ordonnance de référé, devait être susceptible des mêmes voies de recours ?

Cette intention du législateur paraît encore plus certaine si l'on observe que sous l'empire du Code

civil l'opposition n'était pas admise pour les jugements rendus en matière de divorce. La loi de 1886 a rétabli l'opposition pour les jugements; si elle avait entendu la permettre également pour l'ordonnance de non-conciliation, elle aurait pris soin de le dire.

Certains auteurs, pour justifier la solution que nous adoptons, ont dit que l'opposition ne devait pas être admise dans le cas présent parce que la loi ne l'autorisait pas expressément (1). On a répondu fort justement que l'opposition était une voie de recours de droit commun contre toutes les décisions par défaut, et que ce n'était pas pour l'autoriser, mais pour l'interdire qu'une disposition de la loi était nécessaire. On en a conclu, ce que nous n'admettons pas, que cette disposition n'existant pas, en ce qui concerne l'ordonnance de non-conciliation, l'opposition était permise. Nous pensons au contraire que le législateur a suffisamment manifesté sa volonté de proscrire ici l'opposition.

Il paraît certain en tous cas que l'ordonnance qui statue sur des mesures provisoires peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans les termes du droit commun.

Qu'arrivera-t-il si devant le magistrat conciliateur

---

1. Coulon. *Le divorce et la séparation de corps*, t. IV, p. 133.

le défendeur soulève une question d'incompétence ?  
Que devra faire le magistrat ?

Nous pensons qu'il devra donner acte au défendeur de ses déclarations, renvoyer les parties à se pourvoir devant le tribunal pour la solution de la difficulté, et prescrire les mesures provisoires qu'il jugera nécessaires.

En effet, ces mesures sont souvent urgentes : les époux sont en désaccord, il faut fixer à la femme une résidence, lui accorder une pension alimentaire qui lui permette de vivre, ces mesures ne sauraient être différées sous le prétexte d'une exception d'incompétence à soulever plus tard devant le tribunal (1).

Remarquons d'ailleurs qu'en matière de référé, le président peut à raison de l'urgence statuer en dehors de sa compétence *ratione loci* ; or, nous avons vu que l'ordonnance de non-conciliation d'après la loi elle-même a de nombreux points communs avec l'ordonnance de référé (Cf. Lyon, 17 mars 1891.S. 92.2.1 et la note de M. Appleton).

Au surplus l'ordonnance, en donnant acte au défendeur de ce qu'il oppose l'incompétence, conserve

---

1. En ce sens : Lyon, 17 mars 1891, *Pand. franç.*, 1891.2. 319 ; Bordeaux, 19 juin 1900. *Pand. franç.*, 1903.2.313 ; Aix, 20 novembre 1902, *Jur. civ.*, Marseille, 1902, 538 ; Bordeaux, 29 juin 1903. *Rec. Bordeaux*, 1903.1.334 ; Trib. civ., Pau, 3 novembre 1904. *La Loi*, 27 décembre 1904.

tous ses droits, et il pourra faire valoir cette exception comme il lui conviendra devant le tribunal sans qu'on puisse lui opposer qu'il est déchu du droit de soutenir l'exception d'incompétence devant le tribunal pour n'avoir pas interjeté appel de l'ordonnance du président (Aix, 30 janvier 1905. *Gaz. Trib.*, 25 février 1905).

Le magistrat conciliateur ne pouvant dans l'ordonnance de non-conciliation trancher la question de compétence, il n'appartient pas davantage à la Cour saisie de l'appel de l'ordonnance de trancher cette question (Agen, 21 mai 1900. *Gaz. du Pal.*, 1900.2.78).

#### IV

Une dernière question d'ordre général nous reste à examiner à propos des mesures provisoires prescrites par l'ordonnance de non-conciliation.

Cette ordonnance une fois rendue, on pourrait craindre que l'époux demandeur, s'il estime que les mesures provisoires ordonnées lui donnent satisfaction, ne poursuive pas l'instance devant le tribunal.

La femme, par exemple, ayant obtenu une résidence séparée, une pension alimentaire et la garde de ses enfants pourrait être tentée de s'en tenir là, trouvant maintenant sa situation très supportable, et ne pas

assigner. La pratique montre comme assez fréquent le cas de femmes qui, dès qu'elles ont obtenu ces diverses mesures, ne se montrent plus pressées de faire juger par le tribunal leur demande en séparation de corps ou en divorce. Et cependant il importe que l'époux demandeur ne puisse rester ainsi indéfiniment dans ce que M. L. Renault appelait « un provisoire horrible et redoutable pour son conjoint peut être sans reproche ».

Les deux derniers paragraphes de l'article 238 ont eu pour but de remédier à ce danger, ils sont ainsi conçus :

« L'époux demandeur en divorce devra user de  
« la permission de citer qui lui a été accordée, par  
« l'ordonnance du président, dans un délai de vingt  
« jours, à partir de cette ordonnance.

« Faute par l'époux demandeur d'avoir usé de  
« cette permission dans ledit délai, les mesures pro-  
« visaires ordonnées à son profit cesseront de plein  
« droit ».

Une légère remarque s'impose tout d'abord à propos de la rédaction de cet article ; il parle de « la permission de citer », ce qui pourrait donner à croire qu'il s'agit de la permission accordée lors de la première ordonnance par le juge au demandeur de citer en conciliation ; c'est en effet de la permission de *citer* qu'il est question dans l'article 236, alors que l'article 238 parle de l'autorisation d'assi-

gner. Il n'est pas douteux cependant qu'il s'agit de cette dernière autorisation.

Signalons aussi qu'au cas où le juge, avant d'autoriser la demanderesse à assigner, a ajourné les parties à un délai qui est au maximum de vingt jours (art. 238, § 6), le délai de vingt jours pour assigner ne commence à courir qu'après l'expiration du délai d'ajournement, la question ne peut soulever de difficultés. Si d'ailleurs un doute pouvait naître, il serait levé par les travaux préparatoires au cours desquels le cas a été expressément prévu.

La déchéance du bénéfice des mesures provisoires, faute d'assignation dans les vingt jours, se produit *ipso facto*, de plein droit sans qu'il soit besoin d'une décision judiciaire pour l'ordonner, et surtout sans que le tribunal devant qui elle est invoquée ait un pouvoir d'appréciation. Quelles que soient les raisons que le demandeur pourrait faire valoir pour justifier son inaction, le tribunal devrait refuser de les prendre en considération. Ainsi, le mari défendeur est actionné par sa femme en paiement de la pension à elle allouée par l'ordonnance, il invoque la déchéance. La seule question à examiner par le tribunal est une question de date : l'assignation a-t-elle été délivrée plus de vingt jours après la date de l'ordonnance de non-conciliation ? Si oui, il lui suffit de constater que la déchéance est encourue.

Cette remarque, pour surabondante qu'elle puisse paraître en présence des termes formels de la loi, n'en est pas moins intéressante à faire, car nous rencontrerons au cours de notre travail d'autres déchéances pour lesquelles la loi n'étant pas aussi formelle, nous aurons à nous demander si elles sont encourues de plein droit ou si le tribunal n'a pas, au contraire, le pouvoir de tenir compte des motifs allégués pour sa décharge par l'époux auquel elles sont opposées.

La déchéance est encourue alors même que les mesures auraient été rendues contre le demandeur. (Orléans, 25 mai 1898. *Le Droit*, 24 décembre 1898). Nous ne nous dissimulons pas ce que cette solution a de choquant ; la loi donne ainsi à un plaideur le moyen de se soustraire, sans aucun motif, à l'exécution de ses obligations. Et cela est d'autant plus fâcheux que, ainsi que nous allons le voir, l'assignation donnée après l'expiration des vingt jours sera valable, de sorte que le seul dommage éprouvé par le demandeur sera un retard dans son instance. Le défendeur n'aura que la ressource de s'adresser au tribunal quand il sera saisi, ou si le demandeur ne le saisit pas, au juge des référés, afin de faire ordonner à nouveau les mesures provisoires prescrites en sa faveur.

La fin de non recevoir résultant de cette déchéance peut être opposée en tout état de cause, même devant

la Cour chargée de statuer sur l'appel de l'ordonnance de non-conciliation prescrivant les mesures provisoires ; en effet, l'appel interjeté, soit par le demandeur, soit par le défendeur contre l'ordonnance du président, ne suspend pas le délai de vingt jours et l'ordonnance étant devenue sans effet, la Cour n'a pas à statuer sur les mesures provisoires qui y étaient comprises (Orléans, 25 mai 1898, précité ; Paris, 10 août 1889. D. 90. 2. 149 ; Cassation, 22 janvier 1896. *Pand. fr.*, 96. 1. 406).

Le demandeur qui n'a pas assigné dans les vingt jours ne perd pas le droit de le faire par la suite ; son assignation est valable, et le tribunal peut et doit statuer sur les mesures provisoires pour les modifier ou les ordonner, ces mesures ou leur modification pouvant être demandées en tout état de cause (Tribunal de la Seine, 7 août 1896. *Pand. fr.*, 1896. 2. 336, et sur appel, Paris, 1898. *Pand. fr.*, 1899. 2. 33).

Mais remarquons que si le tribunal prescrit à nouveau les mesures qui avaient été ordonnées par le président, elles n'en constitueront pas moins des mesures nouvelles n'ayant d'effet que du jour du jugement, le tribunal ne pouvant confirmer et faire revivre les mesures de l'ordonnance désormais caduques.

Le délai de vingt jours imparti au demandeur pour assigner ne s'augmente pas à raison des distances ; en effet, l'article 1033 § 2<sup>e</sup> du Code de procé-

dure civile, relatif à l'augmentation des délais à raison des distances, a exclusivement en vue ceux de ces délais qui ont pour point de départ une signification à personne ou à domicile (Cassation crim., 20 février 1903. *Le Droit*, 18 juin 1903. Amiens, 22 mai 1903. *Rec.*, Amiens, 1904. 31. *Contra*. Douai, 28 avril 1902. *Le Droit*, 27 juin 1902).

## V

Avant d'arriver aux mesures ordonnées par le tribunal qui devient compétent, du jour où il est saisi, pour statuer sur toutes les mesures provisoires, il y a lieu d'examiner si l'ordonnance autorisant à citer en conciliation et l'ordonnance de non-conciliation sont les deux seules décisions judiciaires qui peuvent statuer sur les mesures provisoires avant le jour où le tribunal est saisi par l'assignation.

Aux termes des articles 267 et 268 du Code civil, le tribunal seul était compétent en matière de divorce pour ordonner les mesures provisoires ; comme ces mesures sont essentiellement urgentes, cette disposition était très rigoureuse. Pour y remédier, la jurisprudence, à propos de la séparation de corps, avait reconnu au tribunal le droit de statuer sur les mesures provisoires avant même qu'il fût saisi de l'instance principale, ce qui était difficile à admettre

dans l'état des textes. Elle attribuait également compétence au président en référé, ce qui se défendait beaucoup mieux à raison du caractère urgent des mesures.

Que faut-il décider aujourd'hui ?

Il ne paraît pas douteux que le tribunal ne puisse intervenir avant le jour où il est saisi de la demande en divorce par l'assignation. Les termes du nouvel article 238 § 5 sont formels, « lorsque le tribunal est saisi ». Mais en est-il de même du juge des référés ?

Nous estimons qu'on doit admettre son intervention dans ce cas (1). En effet, la compétence du juge des référés pour le cas d'urgence, établie par l'article 806 du Code de procédure civile, est une compétence générale de droit commun. A moins d'un texte formellement contraire elle doit s'appliquer dans toutes les circonstances où une procédure rapide s'impose. Or du droit reconnu par la loi au magistrat conciliateur de prescrire certaines mesures, on ne peut faire découler la prohibition pour le juge des référés de statuer dans une matière où les mesures sollicitées seront toujours urgentes et au surplus essentiellement provisoires.

Décider le contraire serait retirer à la juridiction des référés son application dans des cas où elle sera

---

1. En ce sens : Riom, 25 novembre 1903. *Rec. Riom*, 1903, 285.

particulièrement efficace. Il est évident en effet que, d'une part, entre la première ordonnance et l'ordonnance de non-conciliation, et, d'autre part, entre cette dernière ordonnance et le jour où le tribunal est saisi, il peut s'écouler d'assez longs intervalles de temps. Rappelons seulement que le demandeur, après l'ordonnance de non-conciliation, a vingt jours pour assigner en conservant le bénéfice des mesures provisoires, et que si l'ordonnance ne contient pas de mesures provisoires ou qu'il ne craigne pas de les voir tomber, il peut, sans autre inconvénient pour lui que le retard en résultant, attendre encore davantage.

Or, il peut y avoir lieu à modification des mesures provisoires ; la femme qui jusqu'alors avait des ressources personnelles s'en trouve subitement privée, et elle a besoin d'une pension, ou bien il faut qu'elle change de résidence. Une décision rapide s'impose, à qui la demander ? Le président conciliateur ne peut intervenir comme tel que dans les deux cas que la loi a prévus. Dès lors n'est-il pas naturel de s'adresser au magistrat que la loi a désigné pour connaître des difficultés exigeant une solution trop rapide pour être soumises au tribunal.

D'ailleurs, le législateur de 1886 n'a pas ignoré la jurisprudence antérieure à 1886 en matière de séparation de corps, et s'il avait entendu la condamner il n'aurait pas manqué de le dire.

Ajoutons enfin que cette compétence du juge des référés aura dans un grand nombre de cas des effets d'autant plus heureux que dans beaucoup de tribunaux c'est le même magistrat, en général le président, qui exerce les fonctions de conciliateur et juge des référés.

## DEUXIÈME PÉRIODE

### I

Nous arrivons maintenant à la période postérieure à l'assignation.

Le tribunal est saisi ; il va être naturellement compétent pour statuer sur les mesures provisoires.

L'article 238, § 5 décide : « Lorsque le tribunal « est saisi, les mesures provisoires prescrites par le « juge peuvent être modifiées ou complétées au cours « de l'instance, par jugement du tribunal, sans pré- « judice du droit qu'a toujours le juge de statuer, en « tout état de cause, en référé, sur la résidence de la « femme ».

Et l'article 240 § 2 : « Il (le tribunal) statue aussi « sur les demandes relatives aux aliments pour la « durée de l'instance ; sur les provisions et sur toutes les autres mesures urgentes. »

Donc, à partir du jour où il est saisi, le tribunal

a plénitude de juridiction pour les mesures provisoires.

Il peut statuer sur la résidence de la femme, sur la remise des effets personnels, sur la pension alimentaire et la provision *ad litem*, soit pour ordonner ces mesures si le président n'a pas statué à cet égard, soit pour apporter à celles prescrites par le président les modifications que des circonstances nouvelles lui paraissent justifier.

En agissant ainsi, il ne réforme pas la décision du magistrat conciliateur, il ne statue pas comme juge du second degré ; il statue à nouveau sur une situation nouvelle, par une décision toujours provisoire et susceptible de changement, et il peut le faire en tout état de cause.

Ces mesures lui seront demandées soit dans l'assignation introductive d'instance, soit par voie de conclusions. Elles pourront soit faire l'objet d'un jugement spécial, soit être comprises dans un jugement statuant en même temps sur le fonds.

## II

Le droit du tribunal de statuer sur les mesures provisoires, à partir du jour où la demande est introduite devant lui, a fait surgir une grave controverse. Nous avons vu qu'aux termes de l'article 238

§ 5, l'ordonnance du président est susceptible d'appel devant la Cour. Tant que le tribunal n'est pas saisi, cela ne soulève aucune difficulté, mais du jour où l'assignation est lancée, quels vont être le rôle et les pouvoirs respectifs de la Cour et du tribunal ? Pourra-t-on encore interjeter appel de l'ordonnance ? Si l'appel est interjeté, et la Cour saisie, conservera-t-elle encore le droit de statuer ? Si l'on adopte l'affirmative, le tribunal ayant de son côté pleins pouvoirs pour modifier les mesures provisoires, n'est-il pas à craindre que la Cour et le tribunal ne rendent des décisions contradictoires ?

Peu de questions ont donné lieu en notre matière à autant de discussions dans la doctrine et de divergences dans la jurisprudence. Mais l'intérêt du problème est aujourd'hui fort diminué ; la discussion peut être considérée comme close parmi les auteurs et la jurisprudence est définitivement fixée. Nous nous bornerons donc à rappeler les éléments de cette controverse où tout paraît avoir été dit, et qui peut, en somme, être considérée comme définitivement tranchée.

Le danger des contrariétés de décision avait été signalé au cours de la discussion de la loi de 1886 devant le Sénat. Pour y remédier M. Griffe avait présenté à la séance du 7 décembre 1885, un amendement qui tendait à ce que le recours contre l'ordonnance du président ne fût pas porté devant la

Cour, mais qu'il fût déferé au tribunal ; cet amendement fut rejeté sur les observations de M. Denormandie qui montra que les hypothèses prévues par les paragraphes 3 et 5 de l'article 238 n'étaient pas les mêmes, et qu'il était en outre contraire à toutes les règles de la procédure et de la hiérarchie de faire du tribunal le juge d'appel des ordonnances de son président.

Mais la difficulté subsistait. Au cours de la discussion, le rapporteur de la loi, M. Labiche, déclara que si la Cour n'avait pas statué au moment où le tribunal est saisi, la Cour devait être dessaisie.

Le renvoi de l'article à la Commission ayant été ordonné, celle-ci, faisant sienne l'opinion exprimée par son rapporteur, proposa à la séance du 10 décembre le texte suivant : « Cette ordonnance est exécutoire par provision, elle est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 du Code de procédure civile, *tant que le tribunal n'a pas été saisi de la demande principale. Dans ce cas, la Cour se trouvera dessaisie.* »

En même temps la Commission proposait d'ajouter en tête du paragraphe 5 les mots suivants : « *Lorsque le tribunal est saisi.* »

La pensée de la loi était ainsi très nette, mais le système adopté soulevait des objections que MM. Dauphin et Griffé firent valoir en déclarant que la proposition de la Commission était une formule antijuridi-

que, contraire à tous les principes, et renversant l'ordre des juridictions.

L'article ayant été de nouveau renvoyé à la Commission, celle-ci supprima la disposition additionnelle ajoutée au paragraphe 3, et conserva au contraire les mots « *lorsque le tribunal est saisi* » en tête du paragraphe 5. Le texte fut ainsi voté sans nouveau débat.

En présence de cette discussion et de la rédaction actuelle, que faut-il décider ?

Trois systèmes ont été proposés.

D'après une première doctrine, l'appel ne peut plus être interjeté après l'assignation devant le tribunal, et si l'appel a été formé auparavant, mais que la Cour n'ait pas encore statué, elle se trouve dessaisie.

On invoque l'opinion de M. Labiche qui, au cours de la discussion, s'est prononcé en ce sens : si la disposition additionnelle primitivement ajoutée à l'article 238 § 3 a été supprimée, c'est qu'elle a été jugée sans intérêt, mais le maintien des mots « *lorsque le tribunal est saisi* » en tête du paragraphe 5, doit faire admettre la compétence exclusive du tribunal à partir du jour où la demande principale est portée devant lui.

Cette opinion n'a pas triomphé. La majorité des auteurs (1) repousse cette théorie du dessaisisse-

---

1. Coulon, t. IV, p. 364 et suiv. — Curet. *Code du divorce*

ment de la cour, et décide que l'introduction de l'instance principale devant le tribunal ne met obstacle ni au droit pour les parties d'interjeter appel, ni au droit pour la Cour de statuer sur cet appel. Ce dessaisissement d'une juridiction est une chose trop grave pour être admise sans un texte formel qui n'existe pas, et précisément la disposition additionnelle qui consacrait le dessaisissement de la Cour a disparu de la rédaction définitive. La Cour, une fois saisie d'un appel, a le droit et le devoir de statuer, et il ne peut dépendre d'une assignation ou de l'empêcher de statuer, ou de priver les parties du droit d'appel; sinon, c'est mettre le défendeur à la merci du demandeur qui pourra à son gré ou dessaisir la Cour en avançant l'assignation, ou au contraire la laisser statuer en reculant la date de l'introduction de la demande.

Comme l'a expliqué M. Dauphin à la séance du 10 décembre 1885 : « Il n'y a pas à craindre de conflits entre la Cour et le tribunal, par cette raison « que lorsque la Cour est appelée à juger des mesures provisoires ordonnées par le président, elle « statue sur ce qui existait à l'heure où le président « a rendu son ordonnance, et elle dit si le président

---

*et de la séparation de corps*, p. 131. — Depeiges. *De la procédure du divorce et de la séparation de corps*, p. 53. — Vraye et Gode. *Le divorce et la séparation de corps*, t. I, n° 247.

« a eu raison ou s'il a eu tort ; ce qui n'empêche  
« pas que le tribunal saisi à nouveau sur un autre  
« état de choses, doive examiner cet autre état, et  
« prendre d'autres mesures provisoires, sans qu'il  
« y ait opposition entre les deux décisions de jus-  
« tice. »

Ainsi la Cour et le tribunal ont chacun un rôle bien distinct : la Cour statue sur la situation qui existait lors de l'ordonnance de non-conciliation, sur le passé ; le tribunal sur la situation présente, en s'inspirant des circonstances nouvelles qui peuvent justifier un changement.

Cette doctrine nous paraît la seule conforme à la fois aux principes du droit et au texte de l'article 238, et si les travaux préparatoires ne permettent pas d'affirmer d'une façon certaine que c'est elle que le législateur a entendu consacrer, c'est du moins en sa faveur qu'ils fournissent le plus d'arguments ; nous n'hésitons pas à l'adopter comme la seule logique et rationnelle.

La jurisprudence s'est définitivement fixée dans ce sens après des variations qui méritent d'être rappelées, notamment en ce qui concerne la Cour d'appel de Paris.

Après avoir, dans quatre arrêts des 13 août 1886 (1), 27 avril 1888, 15 juin 1888 (2), et 10 jan-

---

1. *Pand. fr.*, 1886.2.380.

2. *D.* 1888.2.241.

vier 1889 (1), consacré le premier système, la troisième Chambre de cette Cour a rendu, le 20 décembre 1890 (2), un arrêt proclamant la recevabilité de l'appel formé contre l'ordonnance du président, alors que le tribunal est déjà saisi de la demande principale, mais quatre jours après, par un arrêté du 24 décembre 1890 (2), elle revint à son ancienne jurisprudence.

Au contraire, les deuxième, quatrième et cinquième Chambres de la Cour de Paris se sont prononcées d'une façon constante pour l'opinion que nous avons adoptée (2<sup>e</sup> Ch., 3 février 1887. S. 89.2.9 ; — 4<sup>e</sup> Ch., 12 janvier 1889 et 19 mars 1890 ; — 5<sup>e</sup> Ch., 6 juin 1888), et la première Chambre de la même Cour, après un arrêt contraire (5 avril 1889) s'est également fixée dans le même sens en 1890 (11 mars, 19 mars et 29 avril 1890).

Enfin cette doctrine a reçu, en 1892, la consécration de la Cour suprême (Cassation, 29 juin 1892. *Pand. fr.*, 1893.1.485) ; mais cet arrêt n'a pas fixé de suite la jurisprudence (3), certaines résistances se sont produites ; la Cour de Bordeaux, par un arrêt du 12 mai 1896 (*Pand. fr.* 1897.2.79), adopta le système

---

1. D. 1890.2.333.

2. *Pand. fr.*, 1891.2.183.

3. Dans le même sens : Caen, 19 novembre 1895. *Rec. Caen.* 1896-175.

condamné par la Cour de cassation, mais, trois ans après elle se rangeait, à l'opinion dominante en admettant que l'appel était possible après l'introduction de la demande (Bordeaux, 14 mars 1899. *Pand. fr.* 1900.2.233) et elle a persisté depuis (Bordeaux, 19 juin 1900, *Pand. fr.* 1903.2.313) dans ce système qui peut maintenant être considéré comme définitivement acquis en jurisprudence (Dans le même sens: Lyon, 17 mars 1902. *Mon. Lyon*, 3 avril 1902).

On a proposé un troisième système (1), qui essaie de concilier les deux autres en distinguant suivant que l'appel est interjeté ou non au moment où le tribunal est saisi. Dans le premier cas, la Cour devrait statuer sur l'appel parce que, à défaut de texte, il est impossible de refuser à la Cour le droit de statuer sur un appel qui lui a été régulièrement déféré; dans le deuxième cas, au contraire, les parties perdraient le droit d'interjeter appel à raison du paragraphe 5 de l'article 238 qui implique, dit-on, qu'à partir du moment où l'instance principale est portée devant le tribunal, celui-ci seul a compétence pour prononcer sur les mesures provisoires.

Ce système ne peut se justifier: ou l'introduction de la demande est sans influence, et le droit d'appel doit subsister dans son intégralité, ou le seul fait de

---

1. Carpentier. *Traité théorique et pratique du divorce*, t. II, n° 7.

l'assignation modifie la situation et rend sans objet l'intervention de la Cour, et alors il n'y a pas lieu de statuer sur une situation qui n'existe plus ; tout appel devient impossible, l'appel déjà formé tombe.

Ici encore comme dans le premier système il dépendrait du demandeur, en avançant ou en reculant l'assignation, de laisser subsister pendant plus ou moins longtemps le droit d'appel de son adversaire. Bien plus, comme en pratique la signification de l'ordonnance et l'assignation font l'objet d'un seul et même exploit, cet exploit aurait pour effet à la fois de faire courir le délai d'appel (art. 809, C. proc. civ.) et de priver la partie adverse du droit de former cet appel.

Une telle conséquence suffirait à elle seule à faire condamner cette opinion qui n'a d'ailleurs rencontré que peu de partisans.

Tels sont les systèmes auxquels a donné lieu la révocation insuffisamment nette de l'article 238. Mais si le système que nous avons adopté avec la jurisprudence et la majorité des auteurs est le seul admissible dans l'état actuel des textes, doit-il être considéré aussi comme le meilleur législativement ? Nous n'hésitons pas à le croire. Sans doute il présente dans son application pratique des inconvénients : les parties comprendront difficilement qu'un jugement du tribunal intervenant quelques jours après un arrêt de la Cour puisse leur enlever le béné-

fice de cet arrêt. On leur expliquera bien que si le tribunal a rendu une décision contraire à celle de la Cour, édictant des prescriptions différentes sur le même objet, c'est qu'il a estimé que la situation n'était plus la même que lors de l'ordonnance de non-conciliation, et qu'il a pris en considération des circonstances nouvelles dont la Cour ne pouvait tenir compte. Il n'en reste pas moins fâcheux — si explicable cela soit-il en droit — de voir en fait une décision de la Cour dépourvue de toute efficacité ; les parties ne s'adressent pas à la justice pour obtenir des satisfactions platoniques.

Et pourtant la solution adoptée est la seule possible. Les mesures que le président a le pouvoir d'ordonner sont trop importantes pour qu'on puisse songer à priver les parties du droit d'appel contre son ordonnance ; d'autre part, on ne saurait charger le tribunal de statuer sur cet appel. Ce serait antijuridique au premier chef, comme on l'a montré au cours de la discussion de la loi de 1886, et en outre les inconvénients pratiques résultant de la contrariété possible de décisions seraient les mêmes. Le tribunal, en effet, comme juge d'appel de l'ordonnance pourrait être appelé à rendre un jugement dont l'effet serait annihilé par un autre jugement qu'il rendrait en vertu de son pouvoir de modification en se basant sur les circonstances nouvelles survenues depuis l'ordonnance.

D'ailleurs, que l'on adopte l'un quelconque des trois systèmes que nous avons exposés, une contrariété de décisions est toujours à craindre ; en effet, laissons de côté l'ordonnance de non-conciliation, tout jugement du tribunal relatif aux mesures provisoires est susceptible d'appel, et au moment où cet appel vient devant la Cour, il se peut que le tribunal soit saisi d'une demande en modification des mesures qu'il a ordonnées et rende un second jugement, d'où la possibilité de deux décisions simultanées et contraires de la Cour et du tribunal.

Le problème n'est donc pas susceptible d'une solution pleinement satisfaisante ; mais celle que nous avons adoptée apparaît comme la meilleure, car si elle n'est pas dépourvue de tout inconvénient pratique, elle est la seule qui respecte les principes généraux du droit spécialement sur l'ordre des juridictions.

### III

Quelle va être la compétence du juge des référés à partir du moment où le tribunal est saisi ?

Nous avons admis que jusqu'à ce moment le président pouvait statuer en référé sur les mesures provisoires urgentes. Nous en avons donné comme motifs que le tribunal ne pouvait encore statuer et

que le président conciliateur ne pouvait en cette qualité le faire que dans les deux ordonnances qu'il a mission de rendre, ce qui est insuffisant pour parer à tous les besoins. Nous avons conclu que c'était le cas de faire intervenir la juridiction des référés et qu'au surplus aucun texte ne s'y opposait.

Mais à partir du jour où le tribunal est saisi la situation n'est plus la même ; les raisons que nous venons de rappeler ne peuvent plus être invoquées. D'une part, le tribunal va se trouver naturellement désigné pour statuer sur toutes les mesures provisoires et, d'autre part, la loi semble avoir voulu lui attribuer compétence exclusive pour les mesures provisoires autres que la résidence séparée de la femme. L'article 238 § 5, après avoir établi la compétence du tribunal pour les mesures provisoires ajoute en effet : « sans préjudice du droit qu'a toujours « le juge de statuer en tout état de cause en référé « sur la résidence de la femme ». On a conclu de la *a contrario* que la loi avait entendu restreindre la compétence du juge des référés à la résidence de la femme. C'est au reste, ajoute-t-on, l'application d'un principe plus général suivant lequel le juge des référés n'est plus compétent quand le juge du principal est saisi (1).

---

1. Montpellier, 31 janvier 1895. D. 95. 2. 355 ; Trib. civ. de Clermont, 6 avril 1893. *La Loi*, 18 avril 1893 ; Paris, 3 déc.

Nous préférons adopter l'opinion contraire et dire que même quand le tribunal est saisi le juge des référés peut en cas d'urgence statuer sur l'une quelconque des mesures provisoires. Le juge des référés a reçu de l'article 806 du Code de procédure civile une investiture générale pour tous les cas où il y a urgence. Dès lors pour décider que la loi a entendu lui retirer le droit d'ordonner certaines mesures particulièrement urgentes pour le réserver au tribunal il faudrait un texte précis ; or, l'article 238 est purement énonciatif. Il rappelle que le juge des référés est compétent pour statuer sur la résidence de la femme parce que ce sera à propos de cette mesure qu'on recourra le plus fréquemment à la voie du référé ; mais ni le texte ni l'esprit de la loi n'ordonnent de prohiber l'intervention du juge des référés dans les autres cas. Il serait d'ailleurs impossible de justifier la distinction que la loi aurait entendu faire (1). Quant à l'argument qui consiste à dire que le juge du principal étant saisi le juge des référés est dessaisi, il repose sur une confusion : le tribunal est saisi de la demande en divorce, il n'est pas saisi de la demande en modification des mesures provisoires ; les deux demandes sont absolument distinctes.

Comment se fera la délimitation de la compétence

---

1902. *Gaz. des trib.*, 31 décembre 1902 ; Curet, n° 158 ; Goirand. *Traité du divorce*, p. 122.

1. En ce sens : Carpentier, t. II, n° 89 ; Depeiges, n° 78.

du tribunal et de celle du juge des référés ? Car si le juge des référés est compétent pour tous les cas d'urgence en vertu de l'article 806 du Code de procédure civile, le tribunal a également reçu compétence de la loi (art. 240, C. civ.) pour statuer sur toutes les mesures urgentes. Les parties vont-elles avoir le choix entre les deux voies ?

M. Grévin décide ainsi.

Dans une autre opinion on reconnaît compétence au tribunal quand il y a urgence et au juge des référés quand il y a extrême urgence (1). Mais c'est là une distinction tout arbitraire de même que celle qui consiste à dire, en ce qui concerne la résidence, que le tribunal seul peut prescrire l'habitation séparée, le juge des référés étant compétent seulement s'il s'agit de désigner à la femme un nouveau lieu de résidence provisoire (Vraye et Gode).

Nous estimons, pour notre part, qu'il y a surtout en jeu des questions de mots. On veut donner au mot « urgence » employé dans l'article 240 du Code civil le même sens et la même portée que revêt cette

---

1. C'est ce système que paraît adopter un arrêt de la Cour de cassation du 27 octobre 1903 (D. 1903.1.574), aux termes duquel le juge des référés ne peut être valablement saisi d'une demande en modification des mesures provisoires ordonnées par un jugement du tribunal « qu'au cas où la modification « sollicitée présente un caractère d'urgence exceptionnelle ».

expression dans l'article 806 du Code de procédure civile. Or telle n'a pas été la pensée du législateur : il n'a pas voulu dire que le tribunal saisi de l'instance en divorce remplirait pour tous les cas d'urgence la fonction dévolue d'une manière générale au juge des référés. Le fait que le tribunal est saisi de la demande en divorce ne le met pas à même de statuer d'une façon suffisamment rapide dans tous les cas pour qu'il puisse jouer le rôle de juge des référés.

Comment donc expliquer l'expression « mesures urgentes » de l'article 240 *in fine* ? Cet article après avoir décidé dans son paragraphe 1<sup>er</sup> que le tribunal peut ordonner toutes les mesures provisoires qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants décide dans son paragraphe 2 qu'il statue aussi sur les demandes relatives aux aliments pour la durée de l'instance, sur les provisions et sur toutes les *autres* mesures urgentes. C'est donc qu'il considère les demandes relatives aux aliments et aux provisions comme des mesures urgentes, or elles n'auront pas nécessairement ce caractère, tout au moins au sens que l'on donne au mot urgence quand il s'agit de référé. Nous sommes dès lors porté à croire que la loi en parlant de mesures urgentes a seulement voulu désigner toutes mesures qu'il sera utile de prescrire au cours de l'instance et sans attendre un jugement relatif à la demande principale ; elle a employé cette expression « mesures urgentes » dans le paragraphe 2

de l'article 240 comme elle s'est servie dans le paragraphe 1<sup>er</sup> du même article de la formule « mesures provisoires », les deux expressions sont dans le cas présent à peu près synonymes.

Nous concluons donc que le juge des référés sera compétent pour statuer sur toutes les mesures provisoires, sans distinction, toutes les fois que le recours au tribunal ne permettrait pas d'obtenir une décision judiciaire assez rapidement. En notre matière comme en toute autre le président des référés sera juge de sa compétence, il appréciera en fait s'il y a une urgence suffisante pour justifier son intervention et entraîner sa compétence (1).

#### IV

Le tribunal et le juge des référés ne sont pas les seules juridictions appelées à statuer au cours de l'instance sur les mesures provisoires ; nous devons également dire quelques mots de la juridiction de la Cour.

La Cour, nous l'avons vu, est d'abord juge d'appel de l'ordonnance du président conciliateur.

Elle connaît également comme juge du second degré de l'appel interjeté contre les jugements du

---

1. Conf. Bruxelles, 29 janvier 1902. D. 1902.2.199.

tribunal relatifs aux mesures provisoires. De même que quand il s'agit de l'ordonnance de non-conciliation, la Cour apprécie la décision qui lui est déférée, en se plaçant au moment où cette décision a été rendue et décide si les juges du premier degré ont bien appliqué la loi en droit et en fait ; c'est la conséquence des principes généraux et cela ne souffre pas de difficultés.

Mais la question est discutée de savoir si, au cas où la Cour est saisie de l'appel d'un jugement sur le fond, on peut former pour la première fois devant elle une demande concernant les mesures provisoires. Par exemple appel est interjeté d'un jugement ordonnant enquête ; en première instance aucune demande de provision alimentaire n'a été formulée et par conséquent le jugement ne statue pas sur ce point ; la femme pourra-t-elle réclamer devant la Cour une provision alimentaire ?

On la conteste en prétendant que cette demande constituait une demande nouvelle et principale, par suite irrecevable (Paris, 30 janvier 1893. *Gaz. du Pal.*, 1893.1.44. 2<sup>e</sup> fasc. ; Nancy, 21 mars 1905. *Rec. Nancy*, 1905, 120).

Avec la majorité des auteurs (1) nous repoussons cette opinion. Sans doute nous croyons difficile de

---

1. Coulon, t. IV, p. 281 ; Vraye et Gode, t. II, p. 63 ; Laurent, t. III, n° 262.

soutenir, comme on l'a fait pour justifier la solution que nous adoptons, que la demande de provision constitue une défense à l'action principale car on ne voit pas bien comment cette demande constituera de la part de celui qui la forme une résistance aux prétentions de son adversaire sur le chef dont est appel. Mais on peut considérer qu'il y a là une demande incidente, accessoire de l'action principale, exigeant une solution immédiate et qui doit être nécessairement portée devant la juridiction actuellement saisie de cette action principale. La loi qui ne la considère pas comme une demande principale en première instance ne peut la considérer comme telle en appel. L'intention du législateur paraît avoir été de donner compétence pour les mesures provisoires, à chaque phase de la procédure à l'autorité judiciaire chargée de connaître de la demande principale ; n'est-il pas logique que la Cour quand elle est appelée à connaître du fond de l'affaire ait également mission de statuer sur les mesures provisoires à raison de l'effet dévolutif de l'appel ?

La loi a interdit de former en appel des demandes nouvelles parce qu'elle ne veut pas que les plaideurs puissent violer le principe du double degré de juridiction et attendre que la cause soit en appel pour soulever des questions qu'il leur était loisible de faire trancher en première instance. Mais tel n'est pas le

cas pour les demandes relatives aux mesures provisoires ; il s'agit de besoins qui naissent ou augmentent en appel et quelquefois du fait même de l'appel, ainsi la provision *ad litem* nécessaire à la femme pour suivre sur l'appel.

C'est en ce sens que s'est fixée la jurisprudence. De nombreuses décisions judiciaires ont permis de former pour la première fois en appel des demandes relatives à la résidence de la femme (1), à la pension alimentaire (2), ou à la provision *ad litem* (3).

## V

Les mesures provisoires, une fois ordonnées, soit par le président, soit par le tribunal, soit par la Cour, produisent effet tant que dure l'instance et jusqu'à ce que la décision au fond statue sur la demande en divorce soit devenue définitive (4) ; le pourvoi étant suspensif en matière de divorce elles continueront à s'appliquer en cas de pourvoi jusqu'à ce que la Cour de Cassation se soit prononcée (5).

---

1. Paris, 29 décembre 1882. D. 83. 2. 218.

2. Grenoble, 6 juin 1905. *Rec. de Grenoble*, 1905, 180.

3. Paris, 25 février 1886. *Le Droit*, 27 février 1886.

4. Trib. civ., La Roche-sur-Yon, 1<sup>er</sup> avril 1903. *France Jud.*, 1903, p. 240 ; Alger, 10 nov. 1904 *Rev. Alg.*, 1903, p. 325.

5. Douai, 17 mars 1897. S. 98.2.107.

Mais elles peuvent être constamment modifiées au cours de l'instance, chaque fois que la situation qui les avait fait édicter vient elle-même à être changée ; elles ont un caractère essentiellement révocable (Cass. 7 janvier 1901. D. 1901.1.32 ; Grenoble, 30 juillet 1901. D. 1903.2.61).

On en a conclu que les décisions qui les prescrivent n'ont pas l'autorité de la chose jugée (1). La formule est inexacte. De ce qu'une décision est susceptible d'être modifiée dans l'avenir on ne peut déduire qu'elle n'emporte pas chose jugée, sinon il faudrait refuser l'autorité de la chose jugée à toutes les décisions qui prescrivent des mesures ayant un caractère temporaire. Il y a chose jugée sur la situation telle qu'elle se présentait au moment où la décision a été rendue et la chose jugée aura cet effet qu'on ne pourra demander une modification des mesures prescrites qu'en alléguant que les circonstances sont changées et que des mesures nouvelles s'imposent à raison de ce changement. Le principe de la chose jugée a pour but d'empêcher de rouvrir avec les mêmes éléments un débat déjà tranché par la justice. Or, ici, sur quoi ont statué les juges ? Sur la situation telle qu'elle existait au moment de la première décision. Sur quoi sont-ils appelés ensuite à statuer ? Sur la situation qui se présente au moment où une modification est

---

1. Riom, 21 déc. 1831. S. 92.2.44.

demandée. Les éléments du débat ne sont plus les mêmes. La partie qui demande cette modification aux mesures précédemment ordonnées ne prétend pas qu'il a été mal jugé la première fois ; elle vient seulement demander aux juges d'arrêter l'application d'une décision qui, juste à l'origine et adaptée à la situation qui existait alors, ne répond plus aux nécessités présentes. Vouloir prolonger l'effet d'une telle décision sans tenir compte des circonstances nouvelles qui ont pu se produire serait contraire à la raison et on ne peut voir une atteinte au principe de la chose jugée dans ce fait qu'une décision nouvelle va intervenir sur le même objet.

## VI

### *De l'exécution provisoire des jugements ou arrêts statuant sur les mesures provisoires.*

Nous avons vu plus haut que l'ordonnance du président statuant sur les mesures provisoires est aux termes de l'article 238 exécutoire par provision. Et cela se comprend : ces mesures répondent à des nécessités urgentes et si l'effet en pouvait être arrêté par un appel elles manqueraient leur but.

Mais le même besoin d'une exécution immédiate, nonobstant toute voie de recours, se fait aussi sentir quand il s'agit d'un jugement ou d'un arrêt statuant

sur ces mesures. Et dès lors une double question se pose :

1° La règle établie pour l'ordonnance du président statuant sur les mesures provisoires s'applique-t-elle aux jugements rendus par le tribunal et ayant le même objet ; ou tout au moins si ces jugements ne sont pas de plein droit exécutoires par provision, le tribunal peut-il en ordonner l'exécution provisoire à la demande des parties ?

2° L'effet suspensif attaché par l'article 248 au pourvoi en Cassation, formé contre les arrêts rendus en matière de divorce, s'applique-t-il même aux arrêts statuant sur les mesures provisoires ?

PREMIÈRE QUESTION. — *Les jugements statuant sur les mesures provisoires sont-ils exécutoires par provision ?*

Dans une première opinion on répond par l'affirmative : les raisons qui ont fait admettre l'exécution provisoire de l'ordonnance peuvent être invoquées avec la même force quand il s'agit d'un jugement, toutes les décisions rendues au sujet des mesures provisoires ont le même caractère d'urgence.

D'après un deuxième système au contraire la disposition du paragraphe 3 de l'article 238 doit être restreinte à l'ordonnance de non-conciliation. L'identité des motifs n'est pas une raison suffisante pour étendre aux jugements ce que la loi décide pour l'ordonnance. En matière d'exécution provisoire, dit-on, et à part

la disposition spéciale et exceptionnelle écrite dans l'article 238 pour l'ordonnance de non-conciliation, il faut appliquer les principes généraux de notre procédure, notamment l'article 135 du Code de procédure civile. Or il résulte de ces principes que l'exécution provisoire a lieu de plein droit dans certains cas limitativement déterminés, qu'elle peut être ordonnée par le juge dans d'autres cas également définis et que dans toutes les autres hypothèses l'effet suspensif de l'appel doit être respecté. La seule question qui se pose est donc de savoir si on se trouve en présence d'une des hypothèses de l'article 135; en dehors des cas prévus par cet article il ne peut être question d'exécution provisoire pour un jugement.

Avant de prendre parti entre ces deux systèmes voyons exactement quels vont être les effets du second pour les mesures provisoires qui font l'objet de notre étude. C'est ce second système que la jurisprudence paraît avoir adopté en ce qui concerne ces mesures jusqu'à un arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 1899 que nous analyserons plus loin et qui a consacré implicitement la première doctrine.

Tout d'abord en ce qui touche la *résidence séparée*, l'exécution provisoire ne peut être ordonnée puisqu'elle n'est pas prévue par l'article 135 du Code de procédure civile. Mais nous avons vu que les parties

ont la faculté, discutée pour les autres mesures mais incontestée pour celle-ci, de faire statuer en référé sur la résidence ce qui permet d'obtenir une décision exécutoire par provision. C'est cette voie qui est employée en pratique et cela explique que la question que nous étudions ne paraît avoir donné lieu pour la résidence séparée à aucune décision judiciaire.

Pour la *pension alimentaire* l'exécution provisoire peut être prononcée en vertu du paragraphe 7 de l'article 135 qui parle des « pensions ou provisions alimentaires » (1) et on décide même qu'elle peut être demandée pour la première fois devant la Cour, car il s'agit d'une simple mesure d'exécution constituant une sorte de dépendance de la demande principale et ne présentant pas le caractère d'une demande nouvelle (2). Mais dans tous les cas elle ne peut avoir lieu de plein droit, il faut qu'elle ait été ordonnée. En outre, il est nécessaire qu'il y ait été conclu, elle ne peut être ordonnée d'office.

Enfin en ce qui concerne la *provision ad litem*, le système dont nous examinons les conséquences conduit à permettre ou prohiber l'exécution provisoire selon que l'on considère la provision *ad litem* comme comprise ou non dans l'expression du paragraphe 7 de

---

1. Paris, 30 janvier 1889. *Gaz. des Trib.*, 12 février 1889.

2. Paris, 3 février 1892. Rousseau et Laisney. *Rec. proc. civ.*, 1892, p. 207.

l'article 135 « pensions ou provisions alimentaires ». On décide en général que l'énumération de l'article 135 doit être interprétée restrictivement et qu'elle ne vise pas la provision *ad litem*, celle-ci n'ayant pas un caractère alimentaire qui permette de lui étendre la disposition dudit paragraphe 5 (1). Mais l'opinion contraire est également soutenue et la Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 8 décembre 1897 (*Rec. Bordeaux*, 1898.1.442), après avoir posé en principe que l'énumération des cas dans lesquels l'exécution provisoire peut être ordonnée est limitative et ne saurait être étendue, décide que dans la matière spéciale du divorce le législateur a dérogé à cette règle et que la provision *ad litem* participe de la faveur conférée à la pension alimentaire.

Telles sont, appliquées à la résidence, à la pension alimentaire et à la provision *ad litem*, les conséquences du système qui restreint à l'ordonnance de non-conciliation la disposition de l'article 238 sur l'exécution provisoire. Ce système ne présentait pas à cet égard aux yeux des tribunaux d'inconvénient très sérieux puisqu'ils puisaient dans l'article 135 du Code de procédure civile le droit d'ordonner l'exécu-

---

1. Paris, 30 janvier 1889 et 3 février 1892 précités ; Paris, 18 avril 1889. *Gaz. des Trib.*, 21 mai 1889 ; Douai, 18 juillet et 9 août 1892. D. 94.2.81 ; Rennes, 30 juillet 1895. D. 97.2.164. Garsonnet. *Tr. th. et prat. de proc.*, t. V, § 959, n° 11.

tion provisoire de leurs décisions sur la pension alimentaire et même aussi sur la provision *ad litem* ; le but qu'on voulait atteindre en pratique était rempli.

Mais il est une autre mesure provisoire dont nous n'avons pas parlé jusqu'ici parce qu'elle reste en dehors de notre étude et pour laquelle l'exécution provisoire est également très utile : c'est la garde des enfants. Or, ici, l'article 135 était évidemment inapplicable et cela explique qu'on trouve à ce sujet une décision contraire à celles que nous avons rencontrées jusqu'à présent en jurisprudence. C'est un arrêt de la Cour de Paris du 21 janvier 1895 (S. 97.2.137) dont nous allons rapporter les motifs, parce que si ces motifs sont vrais et si la décision admise est exacte pour la garde des enfants, ils le sont également pour les autres mesures provisoires. La Cour pose en principe que les décisions relatives à la garde des enfants étant en général dictées par d'urgentes nécessités l'exécution provisoire en est toujours autorisée :

« Considérant, dit-elle, que les décisions qui statuent en matière de séparation de corps ou de divorce, sur le sort des enfants mineurs nés du mariage répondant le plus souvent et par la nature même à des nécessités urgentes, il est de principe que l'exécution provisoire en est toujours autorisée (art. 238 et 240, C. civ.).

« Qu'il est vrai que l'exécution provisoire n'avait

« pas été demandée aux premiers juges, mais qu'ils  
« pouvaient et devaient la prononcer d'office, qu'il  
« appartient à la Cour de réparer l'omission par eux  
« commise. »

Ainsi donc non seulement le tribunal statuant sur les mesures provisoires — il n'y a pas de raison qui empêche d'étendre aux autres mesures provisoires ce qui est dit de la garde des enfants — aurait le droit d'ordonner l'exécution provisoire de sa décision, mais ce serait pour lui un devoir de la prononcer même d'office et il appartiendrait à la Cour de la faire à son défaut.

C'est la consécration du premier système. Que faut-il en penser ? Disons tout de suite que c'est à lui que vont nos préférences.

Dans une savante note insérée sous l'arrêt de la Cour de Paris (Sirey, 1897. 2.137), M. Tissier en a fait une critique très vive. D'après lui il est excessif de dire que les jugements rendus sur la garde des enfants répondent le plus souvent et par leur nature même à des nécessités urgentes ; l'exécution de l'ordonnance est certainement urgente et la loi ne manque pas de la déclarer exécutoire par provision ; mais si plus tard les mesures ordonnées par le président doivent être modifiées par le tribunal, on ne peut dire que cette modification réponde presque toujours et par sa nature même à une nécessité urgente, et que la décision du tribunal doive recevoir

son exécution sans même attendre l'arrêt de la Cour.

Nous sommes d'un avis tout à fait opposé : qu'il s'agisse de la garde des enfants ou de toute autre mesure provisoire nous estimons que la décision du tribunal ne produira un effet utile qu'à la condition de le produire immédiatement. D'abord le jugement ne tendra pas toujours à modifier des mesures déjà prises et alors l'urgence est aussi grande qu'elle l'aurait été lors de l'ordonnance. En outre il peut y avoir urgence à modifier des mesures déjà ordonnées : la fixation d'une nouvelle résidence, une augmentation de chiffre de la pension alimentaire, un supplément à la provision *ad litem* peuvent être d'une nécessité pressante. Et on attendrait pour l'exécution de ces mesures que la Cour d'appel ait statué !

L'éminent professeur nie ensuite le principe affirmé par la Cour de Paris. De ce qu'une mesure est urgente, dit-il, il ne s'ensuit pas que le jugement qui l'ordonne doive être exécuté provisoirement malgré l'appel en dehors des cas prévus par l'article 135 ; sinon cet article n'aurait aucun sens, aucun intérêt. Sans doute, mais toute la question est de savoir s'il n'y a pas lieu d'étendre aux jugements du tribunal la règle exceptionnelle, dérogatoire à l'article 135, contenue dans l'article 238 pour l'ordonnance du président.

Selon M. Tissier il n'y a aucune raison d'analogie pour étendre cette règle aux jugements puisqu'elle

ne vise que l'ordonnance du président tandis que les jugements sont soumis au principe de l'article 135. Et cela se comprend, ajoute-t-il, le jugement ne répond pas à une nécessité aussi immédiate que l'ordonnance.

Nous avons montré au contraire, que l'urgence sera presque toujours aussi grande. Si le tribunal, en effet, ordonne une modification, c'est qu'elle est justifiée, nécessaire, et elle doit s'appliquer immédiatement. Quant à l'analogie elle nous paraît difficile à nier ; il s'agit de décisions rendues entre les mêmes parties, sur les mêmes mesures, avec le même caractère d'urgence, au cours de la même instance.

Or nous nous trouvons dans une matière spéciale : le divorce ; à raison du caractère particulier de l'instance et des nécessités spéciales qui se font jour pendant sa durée, la loi a édicté certaines règles dérogeant au droit commun ; n'y a-t-il pas lieu d'appliquer ces règles chaque fois que dans notre matière les motifs qui les ont fait établir existent ?

M. Tissier ne peut toutefois se dissimuler que son système aura en pratique des inconvénients. Mais il fait remarquer que ces inconvénients n'existeront pas si l'on admet la compétence du juge des référés au cours de l'instance pour toutes les mesures provisoires ; on s'adressera à lui et on aura une décision exécutoire nonobstant appel. Cette considération, loin de venir à l'appui du système que défend M. Tissier

et d'en atténuer les inconvénients pratiques, nous paraît au contraire fournir un argument contre ce système dont elle montre les déplorables conséquences. Comment admettre que la décision du juge des référés va être plus efficace que celle du tribunal et qu'on s'adressera à lui pour obtenir ce que le tribunal ne pourrait accorder ? De sorte que des trois organes judiciaires appelés à statuer sur les mesures provisoires : magistrat conciliateur, juge des référés et tribunal, ce sera ce dernier dont la décision est la plus étudiée, rendue par trois juges, après délibération et, en général, connaissance du fonds de l'affaire, qui verra l'exécution de sa sentence arrêtée par un appel. Ce même président, qui comme juge conciliateur ou comme juge des référés — et dans beaucoup de tribunaux il remplira à la fois ces deux fonctions — prescrira des mesures exécutoires nonobstant appel après une simple comparution des parties, ne pourra, assisté de deux autres magistrats, statuant par un jugement prononcé en audience publique, ordonner l'exécution provisoire des mêmes mesures. Comment penser que le législateur ait entendu consacrer une pareille inconséquence ? Comment croire également qu'il ait voulu que la pension alimentaire bénéficie de l'exécution provisoire et non les autres mesures qui présentent pourtant le même caractère d'urgence ?

Nous estimons donc, en résumé, que les jugements rendus par le tribunal au sujet des mesures provi-

soires sont exécutoires par provision au même titre que l'ordonnance de non-conciliation.

C'est cette doctrine qu'a consacrée implicitement un arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 1899 dont nous allons avoir à nous occuper en traitant de la seconde question à laquelle nous arrivons maintenant concernant l'exécution provisoire. Nous renvoyons donc plus loin les explications qu'il y a lieu de fournir pour montrer quelle est, au point de vue de la question que nous venons de résoudre, l'opinion de la Cour supérieure.

DEUXIÈME QUESTION. — *Les arrêts statuant sur les mesures provisoires sont-ils exécutoires par provision ?*

Il semble au premier abord qu'on n'ait pas à parler d'exécution provisoire quand il s'agit d'un arrêt, en effet une seule voie de recours est ouverte : le pouvoir en Cassation, et il n'est pas suspensif, la décision de la Cour reçoit donc une exécution immédiate. Tel est en effet le droit commun. Mais aux termes de l'article 248 du Code civil, modifié en ce qui concerne la séparation de corps par la loi du 6 février 1893, le pourvoi est suspensif en matière de divorce et de séparation de corps. Comme la Cour peut ordonner des mesures provisoires, et qu'elles présenteront en général la même urgence que celles prescrites par le

tribunal, la même question se pose de savoir si l'arrêt, comme l'ordonnance de non-conciliation et le jugement, doit bénéficier de l'exécution provisoire.

Avant de la résoudre nous devons dire quelques mots des controverses auxquelles cet article 248 a donné naissance. On s'est demandé si la disposition de cet article devait être appliquée à tous les arrêts intervenant au cours de la procédure, ou si au contraire elle devait être restreinte aux arrêts définitifs.

Dans une première opinion on soutient que l'article 248 ne concerne que les jugements définitifs ; on s'appuie sur le motif qui a dicté la disposition de cet article : les graves inconvénients qui pourraient résulter de la célébration d'un nouveau mariage avant qu'il ait été statué sur la régularité de la décision ayant pour objet de rompre le lien conjugal. Mais, tandis que certains auteurs (1) exigent seulement que l'arrêt soit définitif, les autres vont plus loin et n'appliquent l'article 248 que s'il s'agit d'un arrêt prononçant le divorce, car c'est dans ce cas seulement que l'on peut craindre les inconvénients signalés.

Une seconde doctrine (2), au contraire, se basant sur les termes généraux de l'article 248, rejette toute distinction et prétend que cet article a entendu viser

---

1. Coulon. T. IV, p. 397. — Vraye et Gode, p. 31.

2. Depeiges, p. 81. — Curet, n° 248.

les arrêts ordonnant une mesure d'instruction aussi bien que les arrêts sur le fonds. C'est ce dernier système qu'a adopté la Cour de cassation en décidant par un arrêt du 23 novembre 1891 (*Pand. fr.*, 1892.1.375) que « l'effet suspensif s'applique indistinctement à tous les arrêts qui peuvent être frappés d'un pourvoi au cours d'une procédure de divorce ».

Nous n'avons pas à prendre parti dans cette controverse, mais nous devons nous demander quelle solution il convient d'adopter pour les arrêts statuant sur les mesures provisoires. D'après le premier système l'effet suspensif ne saurait s'appliquer à ces arrêts puisqu'il ne concerne que les arrêts définitifs. Mais même en considérant l'article 248 comme absolu, et en adoptant l'interprétation générale que lui donne la Cour de cassation, ne doit-on pas admettre une exception à l'effet suspensif du pourvoi et revenir à la règle de droit commun pour tout ce qui touche aux mesures provisoires ? L'affirmative paraît s'imposer, mais pour quelles raisons ?

M. Carpentier (1) a essayé de justifier cette exception de la manière suivante : Les arrêts rendus en vue d'assurer la garde des enfants ou de donner à la femme des moyens d'existence pendant l'instance ne sont pas des arrêts rendus en matière de divorce ou

---

1. *Divorce et séparation de corps*, t. II, n° 3099.

de séparation de corps ; si les difficultés que tranchent ces arrêts sont nées à l'occasion de l'instance en divorce ou en séparation de corps, ils n'ont et ne peuvent avoir aucune influence sur le sort de l'action principale ; on peut donc dire, que quelque généralité que l'on attribue à l'article 248 du Code civil, ils échappent par leur caractère même à l'effet suspensif du pourvoi.

Cette explication n'est pas satisfaisante : il nous paraît bien difficile de soutenir qu'un arrêt qui tranche au cours d'une instance en divorce une difficulté née de cette instance n'est pas un arrêt rendu « en matière de divorce » ; souvent d'ailleurs cet arrêt, en même temps qu'il tranchera cette difficulté, statuera sur le fond du procès et le rapport apparaîtra encore plus étroit entre l'instance principale et les mesures provisoires auxquelles elle donne lieu.

Aussi préférons-nous dire qu'il doit être fait exception à l'effet suspensif du pourvoi, quand il s'agit de mesures provisoires, pour les mêmes raisons qui nous ont fait admettre l'exécution provisoire nonobstant appel des jugements sur ces mesures. C'est cette doctrine qu'a adopté un arrêt de la Cour de Rennes du 30 juillet 1894 (D. 96. 2. 281) et c'est en ce sens que s'est également prononcé l'arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 1899 (*Pand. fr.*, 1900. 1. 318) auquel nous avons précédemment fait allusion. Ce dernier arrêt est doublement intéressant pour nous

puisque, en même temps qu'il se prononce sur la question qui nous occupe actuellement, il se trouve résoudre indirectement — par les motifs qu'il donne — la question que nous avons précédemment étudiée, de savoir si l'exécution provisoire doit être attachée à tous les jugements ordonnant des mesures pour la durée de l'instance.

Examinons donc avec soin ces motifs :

« Attendu en droit, dit la Cour, que si d'après l'article 248 du Code civil et l'article 6 de la loi du 6 février 1893, le pourvoi en Cassation suspend l'exécution de tous les arrêts rendus en cours d'une procédure de divorce ou de séparation de corps, cette règle ne peut s'étendre aux mesures qui sont ordonnées pour être appliquées provisoirement pendant la durée de l'instance et jusqu'à la liquidation des droits des parties ; qu'il résulte, en effet, des termes comme de l'esprit des articles 238 et 240 du Code civil, que les dispositions qui ont ce caractère sont exécutoires par provision et qu'il n'en saurait être autrement puisque ayant pour objet de pourvoir, soit aux besoins présents de l'épouse qui a un domicile séparé, soit à la protection physique et morale des enfants, soit aux nécessités du procès elles ne produiraient pas leur effet si leur exécution pouvait être suspendue par un pourvoi ;

« ... Attendu qu'en ordonnant l'exécution provi-

« soire de sa disposition relative à la pension alimentaire à servir jusqu'à l'issue de la liquidation, l'arrêt attaqué n'a pu violer l'article 248 du Code civil, qu'il a fait au contraire une saine application des articles 238 et 240 du même Code... »

Il s'agissait dans l'espèce d'une pension alimentaire qui avait été accordée par le président au cours d'une procédure de séparation de corps ; le tribunal, en même temps qu'il prononçait la séparation de corps, avait déclaré confirmer les mesures prises par le président et dit qu'elles seraient exécutoires par provision jusqu'à la liquidation. La Cour d'appel avait maintenu le jugement.

Remarquons tout d'abord que la Cour aurait pu, comme elle l'a fait dans une hypothèse analogue (Cass., 25 juillet 1900, *Pand. fr.*, 1901. 1. 435), déclarer le pourvoi irrecevable faute d'intérêt. En effet si les mesures ordonnées par la Cour pour la durée de l'instance ne sont pas exécutoires par provision nonobstant pourvoi, les parties retomberont sous l'ordonnance qui prescrit les mêmes mesures.

Laissant même cette considération de côté la Cour de cassation devait dans tous les cas rejeter le pourvoi dans l'espèce, étant donné qu'il s'agissait d'une pension alimentaire, quelque parti qu'elle prit sur la question de savoir si le pourvoi est suspensif en notre matière.

Admet-on en effet l'affirmative, il y a lieu dans l'es-

pèce de faire intervenir l'article 135 du Code de procédure, qui permet au juge de faire échec à l'effet suspensif de l'appel en ordonnant l'exécution provisoire de sa décision relative à la pension ; l'effet suspensif du pourvoi ne peut être plus puissant que celui de l'appel et la Cour doit avoir le même droit que le tribunal, elle doit pouvoir ordonner l'exécution provisoire de sa décision nonobstant pourvoi ; les raisons tirées de l'urgence et de la nécessité qui ont fait édicter l'article 135 existent également dans les deux cas.

Décide-t-on au contraire que l'article 248 ne s'applique pas aux arrêts statuant sur les mesures provisoires, on rentre dans la règle ordinaire des arrêts d'après laquelle le pourvoi n'est pas suspensif. Il n'y a pas à parler d'exécution provisoire, elle est de droit. Dans ce cas la disposition de l'arrêt ordonnant l'exécution provisoire doit être considérée comme superflue, mais elle ne viole pas la loi en prescrivant ce qui existe de plein droit en vertu de celle-ci.

Mais il n'était pas indifférent que la Cour adoptât l'un ou l'autre système. Si elle avait adopté le premier système et maintenu, pour les arrêts statuant sur les mesures provisoires, le caractère absolu de la disposition de l'article 248 par elle affirmé en 1891, l'application de l'article 135 entraînait les conséquences suivantes : l'exécution provisoire doit être demandée, et elle ne peut l'être que pour la pension

alimentaire et non pour les autres mesures provisoires.

La Cour de cassation s'est au contraire prononcée en faveur du deuxième système et il s'ensuit, l'exécution provisoire de l'arrêt étant de droit en dehors de l'article 248, que cette exécution provisoire peut être poursuivie sans avoir été demandée ni obtenue et qu'elle peut être poursuivie non seulement pour la pension alimentaire — on ne s'appuie plus sur l'article 135 — mais pour les autres mesures provisoires : résidence de la femme, provision *ad litem*. En un mot l'arrêt ou la disposition de l'arrêt statuant sur une mesure provisoire quelconque est exécutoire de plein droit malgré le pourvoi : telle est la conséquence du système adopté par la Cour.

Mais nous allons voir que la portée de l'arrêt de la Cour suprême est encore plus grande, et que des motifs sur lesquels elle s'appuie on doit conclure que ce ne sont pas seulement les arrêts mais aussi les jugements relatifs à l'une quelconque des mesures provisoires, qui sont exécutoires de plein droit nonobstant toute voie de recours.

Quelles sont en effet les raisons qu'invoque la Chambre des requêtes pour décider que l'effet suspensif du pourvoi ne s'applique pas aux mesures provisoires ? Elle se base, d'une part, sur un argument de texte et, d'autre part, sur des considérations de nécessité pratique. Il résulte, dit-elle, « des termes

comme de l'esprit des articles 238 et 240 du Code civil » que les dispositions ordonnant des mesures pour la durée de l'instance sont exécutoires par provision. L'ordonnance du président statuant sur les mêmes mesures étant exécutoire par provision comment les décisions de la Cour ou du tribunal ne le seraient-elles pas ?

D'ailleurs il n'en saurait être autrement puisque à raison de leur objet « elles ne produiraient pas leur effet si leur exécution pouvait être suspendue par un pourvoi. »

Mais en faisant valoir ces motifs pour admettre l'exécution provisoire des arrêts, la Cour de cassation consacre implicitement la théorie que nous avons soutenue sur l'exécution provisoire des jugements. Si les articles 238 et 240, dans leur esprit comme dans leur texte, commandent l'exécution provisoire nonobstant pourvoi des arrêts prescrivant des mesures pour la durée de l'instance, ils obligent également à reconnaître exécutoires par provision nonobstant appel les jugements ayant le même objet ; le législateur ordonnant l'exécution provisoire a même dû avoir en vue les jugements plus encore que les arrêts. Puisqu'on admet que les dispositions judiciaires relatives aux mesures provisoires ne produiraient pas leur effet si leur exécution pouvait être suspendue par un pourvoi, il faut bien admettre qu'elles ne le produiraient pas non plus si

l'exécution pouvait être suspendue par un appel ; les nécessités pressantes auxquelles il s'agit de pourvoir sont les mêmes pendant l'instance du pourvoi que pendant l'instance d'appel, et elles sont les mêmes qu'il s'agisse de la pension alimentaire ou des autres mesures provisoires.

C'est pourquoi la Cour de cassation, qui aurait pu se baser sur l'article 135 du Code de procédure civile pour justifier la solution qu'elle adoptait dans l'espèce qui lui était soumise, a préféré élargir le débat et déclarer exécutoires par provision toutes les mesures destinées à être appliquées pendant la durée de l'instance.

Elle a fait sienne l'opinion de M. le conseiller rapporteur Denis lui proposant de décider « que dans « quelque hypothèse que ce soit, les juges peuvent « ordonner l'exécution provisoire des mesures qu'ils « prescrivent à titre purement provisoire ; en matière de divorce ce sont choses qui se commandent » (1).

Donc répondant à la double question que nous avons posée au début de ces développements sur l'exécution provisoire en notre matière, nous dirons,

---

1. V. ce rapport sous l'arrêt précité dans Dalloz, 1900. 1. 134 et dans le même sens Grenoble, 30 juillet 1901. D. 1903. 2. 62.

d'une part, que les jugements statuant sur les mesures provisoires sont exécutoires par provision notwithstanding appel au même titre que l'ordonnance de non-conciliation ; et, d'autre part, que les arrêts ayant le même objet sont également exécutoires par provision, l'effet suspensif du pourvoi ne s'appliquant pas à eux.

Il importe toutefois que nous précisions dans quelles conditions doit avoir lieu selon nous l'exécution provisoire. Dans l'arrêt du 21 janvier 1895, que nous avons rapporté et qui a donné lieu aux critiques de M. Tissier contre notre système, la Cour de Paris déclarait que l'exécution provisoire des décisions statuant sur la garde des enfants — et cela est vrai des autres mesures provisoires — n'a pas besoin d'être demandée et que les juges peuvent et doivent la prononcer d'office. Nous pensons que pour être logique il faut aller plus loin, et dire que l'exécution provisoire a lieu de plein droit, et qu'elle peut être poursuivie non seulement sans avoir été demandée mais même sans que le juge l'ait ordonnée. Il en est ainsi pour l'ordonnance de non-conciliation ; la même règle doit s'appliquer aux jugements puisqu'on leur étend la disposition écrite pour l'ordonnance ; quant aux arrêts l'exécution provisoire de plein droit ne saurait souffrir d'obstacle dès que l'on écarte l'article 248, puisqu'on est alors ramené au droit commun.

Sans doute, comme nous avons eu l'occasion de le dire pour les arrêts et comme on peut le dire pour les jugements, le juge, en ordonnant l'exécution provisoire de sa décision, ne viole pas la loi puisqu'il prescrit ce qui existe de plein droit en vertu de celle-ci ; mais sa disposition, n'est pas indispensable, elle n'ajoute rien aux droits que les parties tiennent de la loi.

Nous concluons donc que même si la décision relative aux mesures provisoires ne contient pas cette disposition l'exécution en peut être poursuivie notwithstanding toute voie de recours.



## Deuxième Partie

### RÉSIDENCE DE LA FEMME

---

A partir du jour où l'époux demandeur a obtenu du président du tribunal l'autorisation de citer son conjoint en conciliation, la vie commune n'est plus possible.

Ce premier acte d'hostilité de la lutte qui s'ouvre accentue la rupture déjà depuis longtemps menaçante en général entre les époux. Il y a donc lieu d'autoriser la femme à quitter une maison où son honneur peut se trouver en péril, sa sécurité compromise. Toute communauté de sentiments est désormais détruite entre les époux ; le maintien de la vie conjugale ne pourrait, par le contact quotidien, qu'aviver les rancunes et aboutirait fatalement à exaspérer encore davantage les époux.

Il est au contraire permis d'espérer qu'une fois séparés ils jugeront les choses plus exactement, ramèneront à leur juste valeur des griefs dont ils seront souvent exagéré l'importance, et ainsi l'éloi-

gnement et la réflexion qui en sera la conséquence faciliteront une réconciliation que le législateur, attaché avant tout à la stabilité du mariage, doit appeler de tous ses vœux.

Aussi la loi a-t-elle décidé dans l'article 236 que le juge peut dès la première ordonnance autoriser l'époux demandeur à habiter séparément, en indiquant s'il s'agit de la femme le lieu de la résidence provisoire.

L'exposé des motifs du projet de loi justifie de la façon suivante les dispositions de cet article : « La « situation faite aux époux du jour où la citation « en conciliation a été lancée rend pénible, parfois « dangereuse, la cohabitation ; il était indispensable « d'accorder au juge le droit de la faire cesser. L'é- « poux demandeur peut provoquer cette mesure, le « mari aussi bien que la femme. Cette dernière hypo- « thèse pourrait se réaliser, par exemple si les époux « avaient leur domicile au siège d'une maison de « commerce dirigée par la femme. La seule diffé- « rence admise c'est qu'on ne pourra imposer une « résidence déterminée au mari, dont le choix reste « libre. »

Ainsi donc, remarquons-le de suite pour ne plus avoir à y revenir, le mari peut comme la femme être autorisé à habiter séparément. Avant 1886 ce droit ne lui était pas reconnu ; on partait de ce principe que le mari est toujours libre de choisir son domicile.

Il n'en est évidemment plus de même aujourd'hui. Le rapport de M. Labiche sur le projet de loi s'exprime de la même façon que l'exposé des motifs : « Le mari, s'il est demandeur, y est-il dit, peut provoquer cette mesure aussi bien que la femme. »

D'autre part les termes de l'article 236 ne laissent subsister aucun doute sur l'intention du législateur. Si le juge doit, en autorisant le demandeur à habiter séparément, indiquer « s'il s'agit de la femme » le lieu de la résidence, c'est qu'il peut également autoriser le mari à prendre une résidence séparée mais en le laissant libre d'en choisir le lieu.

L'intérêt que présentera cette autorisation pour le mari sera le suivant : elle lui permettra de repousser toute velléité de cohabitation de la femme. Comme le dit M. Coulon, « ce n'est pas l'autorisation de choisir un nouveau domicile qui est sollicitée par le mari, c'est plutôt le droit de vivre et d'habiter séparément de sa femme pendant l'instance ». Ajoutons que l'autorisation aura également pour effet d'empêcher la femme d'invoquer comme un abandon le départ du mari du domicile conjugal.

Ce droit du mari reconnu, nous n'aurons désormais en vue que la résidence de la femme.

Dans un premier chapitre après avoir rappelé qui peut statuer sur cette résidence nous nous demanderons dans quels cas et à quelles conditions cette

mesure peut intervenir, et quelle est l'étendue du pouvoir du juge à qui elle est réclamée.

Dans un second chapitre nous verrons dans quel endroit peut être fixée la résidence séparée ; nous aurons notamment à examiner la grave question de savoir si cette résidence peut être fixée au domicile conjugal.

Nous passerons ensuite en revue les effets de la fixation d'une résidence séparée.

Nous parlerons dans un quatrième chapitre de la sanction de l'obligation de résidence, nous dirons de quelles déchéances est frappée la femme qui abandonne la résidence fixée.

Un autre chapitre traitera des effets des conventions qui peuvent intervenir entre les époux relativement à la séparation d'habitation.

Enfin la remise des effets personnels à la femme fera l'objet d'un dernier chapitre.

## CHAPITRE I

### Par qui et dans quels cas peut être autorisée la résidence séparée

---

#### I

Qui peut autoriser la résidence séparée ?

Rappelons la législation antérieure à 1886 sur ce point. Il fallait distinguer suivant qu'il s'agissait du divorce ou de la séparation de corps.

En matière de divorce sous l'empire du Code et de la loi de 1884, le tribunal seul avait le droit de statuer sur la résidence provisoire des époux (art. 268 ancien). Cependant comme atténuation à cette règle très rigoureuse et si peu conforme aux nécessités du procès, la jurisprudence reconnaissait généralement le droit pour le président de statuer en référé, ou tout au moins le droit pour le tribunal de statuer dès avant qu'il fût saisi de la demande principale.

Au contraire en matière de séparation de corps, l'article 878 du Code de procédure civile était venu conférer au président le droit de statuer lors de l'or-

donnance de non-conciliation sur la résidence séparée de la femme et sur la remise de ses effets personnels. Pourquoi le législateur avait-il, dans un titre du Code de procédure intitulé : « De la séparation de corps et du divorce », restreint à la première de ces institutions une prescription qui semblait aussi bien convenir aux deux ? Peut-on l'expliquer par cette considération que la procédure du divorce ayant été réglée par le Code civil- il n'avait pas à y revenir dans le Code de procédure ? Il est difficile de le dire, ce qui est certain c'est qu'il y avait là pour deux situations absolument semblables des traitements différents et que l'on en chercherait en vain la raison.

La loi de 1886, en déclarant applicables à la séparation de corps les dispositions faisant l'objet des articles 236 à 244 du Code civil, a mis fin à cette dualité de législation.

Allant même plus loin que l'article 878 du Code de procédure, elle n'a pas craint de confier au président le droit de statuer sur la résidence séparée dès la première ordonnance, et nous avons vu combien cette innovation est justifiée (1).

---

1. Cette fixation d'une résidence à la femme dès la première ordonnance ne donne cependant pas encore satisfaction à toutes les nécessités pratiques. Quand une femme demande l'assistance judiciaire pour intenter une action en divorce, un assez

Comme la résidence séparée est la seule mesure provisoire que le président peut prescrire dans cette ordonnance nous avons réservé, pour l'examiner maintenant, la question de savoir s'il existe des voies de recours contre la décision du président.

Les auteurs sont loin de s'entendre sur la solution à donner à cette question et surtout sur les motifs de cette solution.

Les uns (1) posent en principe que les ordonnances rendues par le président en sa qualité de magistrat conciliateur sont définitives à moins de dispositions contraires, comme celle de l'article 238 qui permet de frapper d'appel l'ordonnance de non-conciliation. Nous nions ce prétendu principe qui ne ressort d'aucun texte.

D'autres auteurs (2) au contraire s'appuient sur

---

long intervalle de temps s'écoule entre le moment où le mari est informé de cette demande (soit par l'enquête faite, soit par la convocation à lui adressée par les soins du bureau de l'assistance judiciaire) et la date de la première ordonnance. Pendant cette période la femme doit continuer à habiter avec le mari, exposée à ses injures ou à ses brutalités. Sur les moyens de remédier à cette situation Voir : Frère, *Les Droits et la sécurité de la femme dans le divorce* (Discours prononcé à la séance d'ouverture de la conférence des avocats stagiaires du barreau de Rouen le 26 novembre 1901).

1. Coulon, t. IV, p. 119.

2. Grévin, n° 138.

la distinction très rationnelle, établie antérieurement à 1886 par la jurisprudence en matière de séparation de corps, des ordonnances rendues en matière de juridiction contentieuse et de celles dépendant de la juridiction gracieuse ; les ordonnances de la première sorte sont susceptibles d'une voie de recours qui est l'appel, voie de droit commun ; la loi n'apportant pas d'exception à cette règle dans notre cas, c'est elle qu'il faut appliquer. Mais on n'est pas d'accord sur le point de savoir si notre ordonnance est de juridiction gracieuse ou si au contraire elle présente un caractère contentieux. Pour certains le caractère gracieux résulte nécessairement de ce fait que la décision est rendue en dehors de tout débat. M. Grévin au contraire considère comme certain que l'ordonnance relève de la juridiction contentieuse ; il en donne pour motif que le magistrat statue sur les mesures provisoires réclamées par le demandeur et qui vont atteindre le défendeur et lui faire grief, il en conclut que l'ordonnance est, dans cette mesure au moins, contentieuse et susceptible d'appel.

Ce raisonnement ne nous paraît pas exact et nous pensons que l'ordonnance revêt un caractère gracieux qui exclut l'appel. De ce que le juge rend une décision qui peut faire grief au défendeur, il ne s'ensuit nullement qu'il fasse usage de sa juridiction contentieuse. Très fréquemment les décisions rele-

vant de la juridiction gracieuse font grief à quelqu'un. Ainsi, pour prendre un exemple, une ordonnance, autorisant un créancier sans titre à former une saisie-arrêt, causera un préjudice au débiteur saisi dont la créance sur le tiers saisi va se trouver immobilisée. Néanmoins c'est un acte de juridiction gracieuse : il s'agit de prendre rapidement, en dehors du défendeur, une décision qui paraît justifiée, mais qui au surplus ne préjuge en rien le fond du litige, de sorte que celui contre qui elle est dirigée aura toujours finalement le moyen de faire valoir ses droits.

Il en est ainsi pour notre ordonnance : les parties vont se retrouver devant le président lors de la comparution en conciliation, et il sera alors loisible au défendeur de présenter toutes les observations qu'il jugera utiles et de nature à faire revenir le magistrat sur sa décision.

La faculté d'appel ne lui serait d'aucun secours car l'appel ne serait généralement pas encore tranché lorsqu'interviendra la seconde ordonnance, et celle-ci constituera donc pour lui le moyen le plus rapide en même temps que le plus économique d'obtenir une meilleure justice.

L'appel d'ailleurs ne se comprendrait pas : la loi a donné au président le droit de statuer sans avoir entendu le défendeur, sans qu'il ait été appelé à faire valoir ses droits, et cela parce qu'il s'agit d'une mesure urgente et provisoire. Pour que la juridiction

d'appel pût déclarer que le président a mal jugé, il faudrait qu'elle disposât des mêmes éléments de décision que celui-ci ; or la situation serait changée complètement : elle aurait en face d'elle non seulement le demandeur mais le défendeur, et ce serait presque toujours les éléments nouveaux apportés par celui-ci dans le débat qui amèneraient la réformation de l'ordonnance du président ; elle jouerait par suite bien plutôt le rôle d'un juge statuant sur opposition que d'une juridiction d'appel.

Enfin la volonté du législateur ressort bien de ce qu'il a expressément autorisé l'appel de l'ordonnance de non-conciliation et pris soin de le réglementer. S'il avait jugé bon de permettre également l'appel de la première ordonnance, il n'aurait pas manqué de s'en expliquer.

Il ne nous paraît pas douteux pour toutes ces raisons que la première ordonnance n'est pas susceptible d'appel.

Les parties vont-elles donc se trouver désarmées en face de cette ordonnance, même si le juge a outre-passé les pouvoirs qu'il tient de l'article 236 ? Non, elles auront la ressource, dès avant l'ordonnance de non-conciliation, de se servir de la voie du référé pour obtenir une modification de la première ordonnance.

Un danger pourrait se présenter, analogue à celui auquel la loi a voulu remédier en établissant une

déchéance contre l'époux qui n'assigne pas dans les vingt jours de l'ordonnance de non-conciliation (art. 238, dernier paragraphe) : l'époux demandeur ayant obtenu l'autorisation de résider séparément et de citer en conciliation pourrait ne pas user de cette dernière autorisation. Quel moyen serait à la disposition de son conjoint pour sortir de cette situation ? Nous pensons que c'est également au juge des référés qu'il devrait s'adresser pour faire retirer au demandeur l'autorisation de résider séparément.

Rappelons que le président dans l'ordonnance de non-conciliation peut statuer à nouveau sur la résidence séparée, ou pour la première fois s'il n'en a pas été question dans la première ordonnance. Puis c'est le tribunal quand il est saisi qui statue sur cette résidence, concurremment avec le juge des référés pour le cas d'urgence.

Nous n'avons pas à revenir ici sur ces diverses décisions qui, n'étant pas spéciales à la résidence séparée, ont été étudiées précédemment.

## II

Le juge peut-il fixer une résidence à la femme, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse ?

Plaçons-nous tout d'abord au moment de la première ordonnance. L'article 236 dit que le juge peut autoriser l'époux « demandeur » à résider séparé-

ment ; il n'a donc pas qualité pour statuer sur la résidence de la femme défenderesse, et cela se comprend puisqu'elle n'est pas présente, le juge ne saurait lui fixer un lieu de résidence sans l'avoir entendu. Mais s'inspirant de cette considération M. Carpentier décide que cette fixation pourrait avoir lieu en référé ; aucune bonne raison ne nous paraît s'y opposer à la condition bien entendu que la demande présente le caractère d'urgence nécessaire.

Arrivons à l'ordonnance de non-conciliation.

Aux termes de l'article 238 le président statue à nouveau s'il y a lieu « sur la résidence de l'époux demandeur ». Le texte est aussi formel que pour la première ordonnance. Doit-on adopter la même solution ? Certains auteurs le pensent.

La raison principale de douter est que maintenant le défendeur est présent ; il n'y a plus dès lors d'inconvénient à ce que le juge statue également sur sa résidence.

M. Carpentier (1), qui adopte cette seconde opinion, donne en outre comme motif que le défendeur peut certainement obtenir en référé une résidence séparée et qu'il n'y a aucun intérêt à l'obliger à recourir à cette voie. Cela doit être d'autant mieux admis que le législateur lui-même a assimilé l'ordonnance de non-conciliation à l'ordonnance de référé.

---

1. t. II, p. 91.

Cet argument n'est pas péremptoire : de ce que la voie du référé est ouverte — nous le croyons avec M. Carpentier quoique cela pourrait être contesté — il ne résulte pas que les parties soient autorisées à se servir de toute autre voie plus simple et plus commode ; quant à l'assimilation invoquée entre l'ordonnance de non-conciliation et l'ordonnance de référé elle n'a été faite par la loi qu'au point de vue du délai de l'appel.

Nous considérons cependant la solution donnée comme juste. Le législateur a entendu conférer au président par l'article 238 le droit de statuer sur toutes les mesures urgentes et il n'a pu entrer dans sa pensée d'établir une distinction qui ne reposerait sur aucune base : la femme a le même besoin d'une résidence séparée qu'elle soit demanderesse ou défenderesse.

Si l'article 238 ne parle que de l'époux demandeur, c'est qu'il a en vue le cas le plus fréquent.

D'ailleurs, après l'introduction de la demande devant le tribunal, celui-ci, compétent en vertu de l'article 240 § 2 pour ordonner toutes les mesures urgentes, a qualité pour statuer sur la résidence de la femme défenderesse ; il en est de même du président en référé, l'article 238 § 5 parlant de la « résidence de la femme » sans distinction. Pourquoi la loi aurait-elle voulu ne pas conférer le même droit au président conciliateur ? On a dit qu'il était logique

de refuser à l'époux, qui ne poursuit pas le divorce, qui veut continuer la vie conjugale, le droit d'être relevé de l'obligation de cohabitation (1). Si telle avait été la pensée du législateur, il aurait refusé au défendeur le droit d'obtenir une résidence séparée aussi bien durant l'instance proprement dite que pendant la période préliminaire.

Concluons donc que le président conciliateur peut fixer une résidence à la femme qu'elle soit demanderesse ou défenderesse.

### III

Mais le peut-il d'office ? Nous ne le croyons pas. La résidence séparée, de même que les autres mesures provisoires, doit faire l'objet d'une demande de l'une des parties : le juge ne peut imposer à la femme une résidence séparée sans en avoir été requis (Nancy, 21 mars 1905, *Rec. Nancy*, 1905, 120). La loi, qui a voulu accorder au tribunal le droit de statuer d'office sur la garde des enfants, a eu soin de le dire dans l'article 240 ; il n'existe aucune disposition semblable pour la résidence et cela se comprend. Les enfants ne pouvant agir seraient exposés à ce qu'on ne s'occupe pas d'eux, d'où le droit pour le

---

1. *Supplément aux principes de Laurent*, t. I, p. 494.

tribunal de prescrire même d'office toutes les mesures provisoires qui lui paraîtront nécessaires dans leur intérêt. Les époux au contraire sont les meilleurs juges de l'opportunité d'une habitation séparée.

On objectera que le fait même de l'introduction de la demande est exclusif de toute idée d'entente entre eux et que la cohabitation ne peut avoir que des inconvénients : s'il ne s'en rendent pas compte le juge plus perspicace doit pouvoir les prémunir contre leur manque de clairvoyance. Nous répondrons que la loi en mettant les époux à même d'obtenir la résidence séparée fait tout ce qu'elle doit, aux intéressés de manifester leur volonté. En tous cas les chances de réconciliation résultant de la vie en commun suffisent à faire dénier au juge le droit de séparer malgré eux les époux.

Ajoutons toutefois que le juge pourra fixer une résidence à la femme, que la demande émane d'elle ou du mari. Il pourra, par exemple, à la demande de ce dernier, prescrire à la femme de quitter le domicile conjugal en lui fixant une résidence au dehors.

#### IV

Il résulte de ce qui précède que la résidence séparée pour être prononcée doit avoir été demandée. Mais le juge saisi de cette demande est-il obligé d'y faire droit ?

Avant 1886, l'affirmative s'imposait. Il ressortait de l'article 268 du Code civil que la femme en instance de divorce avait le droit de quitter le domicile commun, sauf à se faire indiquer par le tribunal un lieu de résidence, et d'autre part l'article 878 du Code de procédure civile établissait l'obligation pour le président de donner à la femme, plaidant en séparation de corps, l'autorisation de résider provisoirement dans une maison qu'il choisissait, à défaut d'entente entre les parties à ce sujet.

Que faut-il décider aujourd'hui ? Aux termes de l'article 236 « le juge *peut*, par l'ordonnance permettant de citer, autoriser... », et l'article 238, s'exprimant d'une façon un peu différente, décide pour l'ordonnance de non-conciliation que « le juge statue à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence... » Il nous paraît résulter de ces articles que le juge jouit d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de refuser à la femme qui la lui demande l'autorisation d'une résidence séparée (1). Et il en est ainsi qu'il s'agisse de la première ordonnance ou de l'ordonnance de non-conciliation : le pouvoir attribué au juge en ce qui concerne la résidence quand les deux époux sont devant lui n'est que la suite, le prolongement du pouvoir qu'il possédait lors de la première comparution du demandeur et ce pouvoir ne doit pas présenter selon

---

1. En ce sens Depeiges, p. 47.

l'un ou l'autre cas un caractère différent. La même solution doit même être admise quand il s'agit du tribunal.

On a cependant soutenu (Carpentier) que le juge n'avait pas plus qu'autrefois le droit de refuser l'autorisation de résidence séparée ; l'expression « peut » dont la loi s'est servie dans l'article 236 vise, dit-on, la concession nouvelle que le législateur de 1886 a faite au président : d'après le Code civil en effet le tribunal seul statuait sur la résidence séparée. Cette explication ne nous satisfait pas. En quoi le législateur aurait-il besoin de faire allusion dans le texte actuel à ce qui existait autrefois, et de marquer par les termes employés une différence qui apparaîtrait bien d'elle-même entre la législation actuelle et l'ancienne. Nous devons penser en présence de ce texte qu'il se suffit à lui-même.

Ceci dit sur le principe, nous nous empressons d'ajouter qu'en fait le juge ne devra user du droit que lui confère la loi de refuser l'habitation séparée que dans des cas exceptionnels et pour des motifs très sérieux.

Il est cependant une hypothèse où le juge n'est pas investi par la loi de la faculté que nous venons de lui reconnaître : c'est quand le tribunal, la demande étant établie, surseoit à prononcer le divorce (article 246). Dans ce cas il doit maintenir l'habitation séparée si elle a déjà été ordonnée, sinon la prescrire.

C'est qu'on se trouve dans des circonstances particulières : la demande en divorce est admise, mais avant de prononcer la rupture du lien conjugal les juges veulent accorder encore un certain temps de réflexion aux époux. Dans ces conditions la séparation d'habitation s'impose ; la cohabitation, étant donné l'état de désunion reconnu par le tribunal, serait un obstacle à la réconciliation qu'il espère.

## V

Le président, en autorisant la femme à résider séparément, doit fixer le lieu de sa résidence, ce n'est pas douteux (art. 236). Mais quelle sera la sanction de cette obligation ? La décision se bornant à autoriser l'habitation séparée sans déterminer l'endroit où la femme devra se retirer sera-t-elle nulle ?

La jurisprudence avec raison décide que non ; il y a seulement lieu de la faire compléter (Cass., 6 février 1889. *Pand. fr.*, 1889. 1. 470), notamment par voie de référé.

Dans le cas où la femme est défenderesse, il arrivera que, le président autorisant le mari à résider séparément, la résidence de la femme se trouve fixée par voie de conséquence. Ainsi le magistrat autorise le mari à quitter le domicile commun ; la résidence de la femme se trouve fixée dans ce domicile. Mais si l'ordonnance porte seulement que le mari est auto-

risé « à résider séparément », pourra-t-il prétendre résider seul au domicile commun et en expulser la femme ? Nous répondrons par la négative, la loi n'a eu en vue que le cas où le mari demandeur veut quitter le domicile conjugal. Si donc le président entend autoriser le mari à demeurer séparément à ce domicile et à en faire sortir la femme, il doit le stipuler expressément dans son ordonnance, et en même temps indiquer le lieu où la femme devra se retirer.

## CHAPITRE II

### Fixation du lieu de la résidence de la femme

---

Avant d'étudier quels sont les pouvoirs du juge dans le choix de la résidence qu'il désigne à la femme, nous devons nous demander comment se justifie cette fixation de la résidence imposée à la femme.

Nous avons montré précédemment que, dès le début de l'instance, la vie commune ne saurait être prolongée entre les époux. Mais on comprendrait que le juge se bornât à autoriser la femme à résider séparément sans lui assigner de demeure spéciale, comme cela a lieu pour le mari. Il n'en est pas ainsi. La loi n'a pas voulu, et avec raison, que la femme soit libre de choisir à son gré le lieu de son habitation et d'en changer à sa fantaisie, et on en peut donner plusieurs motifs.

Tout d'abord des raisons de convenance et de haute moralité. La femme avait jusqu'alors son domicile dans la maison où elle habitait avec son mari. Il ne faut pas que du jour au lendemain, privée déjà

de l'appui de celui-ci, elle se trouve sans résidence certaine. L'autorisation de résidence séparée est établie dans son intérêt pour la soustraire à une cohabitation qui lui est devenue odieuse, mais non pas pour lui procurer une liberté et une indépendance qui pourraient être dangereuses pour ses mœurs. L'obligation de demeurer dans un lieu désigné et choisi avec soin par le juge sera donc une garantie de bonne conduite ; à ce point de vue la résidence chez ses parents sera tout indiquée lorsqu'ils seront en mesure de la recevoir.

Une autre raison de la fixation du lieu d'habitation se tire du droit que conserve le mari de surveiller, pendant le cours de l'instance, celle qui porte toujours son nom, qui est d'ailleurs encore sa femme au regard de la loi comme aux yeux du monde et qui ne cessera peut-être jamais de l'être, si le tribunal rejette la demande ou qu'une réconciliation intervienne. Comment pourrait-il exercer cette surveillance si la femme était libre de résider où il lui plaît et de mener librement une existence vagabonde ? Il importe en outre que l'honneur du mari soit mis à l'abri de toute atteinte qui résulterait du choix par la femme d'une résidence peu convenable.

Enfin il importe pour la délivrance des actes de procédure qui doivent être signifiés à la femme que celle-ci ait un domicile connu, certain, où ces actes lui soient valablement et utilement délivrés. Or, si

la femme n'avait pas une résidence fixée par justice et que l'on fût obligé de délivrer au domicile du mari, qui resterait son domicile légal, les exploits la concernant, elle n'en aurait pas connaissance. Remarquons d'ailleurs dès maintenant, sauf à y revenir plus longuement quand nous étudierons les effets de la résidence séparée, qu'il ne s'agit en ce moment que des actes de procédure relatifs à l'instance en divorce et signifiés à la femme à la requête du mari ; les tiers sont en droit d'ignorer la résidence de la femme et de faire signifier au domicile conjugal les exploits dirigés contre elle.

Si nous ajoutons que la fixation à la femme d'un lieu de résidence que le mari connaîtra, où il pourra la rencontrer et en tous cas correspondre avec elle, sera d'une grande utilité en vue d'une réconciliation, nous croirons en avoir suffisamment dit pour démontrer la nécessité de cette mesure.

Il nous faut maintenant examiner les pouvoirs dont jouit le juge dans la détermination du lieu de la résidence.

Tout d'abord le juge doit indiquer d'une façon précise l'endroit où la femme aura l'obligation d'habiter. Il ne suffit pas qu'il indique une personne chez laquelle la femme est autorisée à demeurer, et encore moins, ce qui a pourtant été jugé (1), qu'il se borne

à désigner d'une façon générale par exemple la ville en laissant la femme libre de choisir la maison. La règle que nous venons de poser, commandée par les motifs de la fixation de résidence, est également dictée par les termes de l'article 241, qui ~~impose~~ à la femme l'obligation de justifier de sa résidence dans la « maison indiquée ».

Nous ne saurions approuver un arrêt qui a autorisé la femme à « se retirer chez l'un ou l'autre de « ses enfants ou dans tel autre lieu, à la charge par « elle d'en informer son mari dans les vingt-quatre « heures » (2). Nous n'aurions même pas admis cette solution si la résidence avait été bornée aux enfants. Il est nécessaire, d'une part, que le juge sache exactement chez qui la femme se retire, au cas où elle va résider chez un tiers, afin qu'il apprécie les garanties qu'offre ce tiers, et, d'autre part, que l'endroit de la résidence soit toujours connu du mari.

Le juge doit donc choisir la maison où la femme habitera. Il jouit pour ce choix d'un pouvoir souverain (3).

---

1. Trib. Corr. Valenciennes, 16 juin 1896. *Le Droit*, 20-21 juillet 1896.

2. Paris, 5 mars 1895, S. 95.2.192.

3. Demolombe, t. IV, n° 456 — Massol, p. 56 — Coulon, t. IV, p. 256 — Vraye et Gode, t. II, n° 544.

Mais c'est une question controversée de savoir s'il doit choisir le lieu de résidence dans le ressort du tribunal ou si, au contraire, il peut le choisir en dehors de l'arrondissement, et même à l'étranger.

Nous n'apercevons aucune bonne raison pour limiter à ce point de vue, en droit, le pouvoir du juge, et, en fait, il serait très regrettable que le juge vit son pouvoir arrêté par la barrière territoriale ainsi arbitrairement établie. Une femme en se mariant a quitté la ville où elle a été élevée, où elle a en général encore ses parents ; en tous cas elle y a de nombreuses relations. Elle vient habiter dans la ville où demeure son mari et qui pourra changer assez fréquemment, par exemple s'il est fonctionnaire. Un jour elle demande le divorce, et alors elle serait enchaînée pour toute la durée de l'instance à cet arrondissement où le hasard a fait que son mari habitait au moment de l'introduction de l'instance, alors que dans une ville voisine, mais dépendant d'un autre arrondissement, la maison de ses parents ou une maison amie est prête à la recevoir pour lui assurer une retraite calme et digne durant le procès !

La volonté de la loi est que la femme ait, au cours de l'instance, une existence ne pouvant donner prise à aucun soupçon, à aucune critique ; pour cela il sera en général préférable qu'elle reste sous l'œil du mari, non loin du lieu où il habite ; mais il est telles circonstances où la résidence hors de l'arrondisse-

ment donnera toute satisfaction aux convenances en même temps qu'aux légitimes exigences de l'autorité maritale.

Sans doute il pourra y avoir là une cause de complication pour la procédure, notamment à raison de la délivrance des exploits ; mais il ne dépendra pas de la femme, remarquons-le, de créer arbitrairement cette complication. Elle devra faire valoir auprès du juge les motifs qui justifient cette résidence en dehors de l'arrondissement, et c'est seulement si ces motifs lui paraissent sérieux que le juge accordera l'autorisation.

En résumé, il n'y a aucune règle à poser ; ce n'est qu'une question de fait laissée à l'appréciation du juge. Certains auteurs (Vraye et Gode), estiment que la résidence ne pourra être fixée en dehors de l'arrondissement que quand le lieu choisi sera le domicile des père et mère. Nous préférons dire que le pouvoir du juge n'est pas limité, qu'il pourra choisir l'endroit de la résidence même en dehors de l'arrondissement où habite le mari, même à l'étranger, mais qu'il ne devra que pour des raisons très sérieuses, qui sont d'ailleurs laissées à son appréciation, autoriser la femme à quitter l'arrondissement.

Le juge pourrait pensons-nous, prescrire la vie séparée au domicile commun, c'est-à-dire autoriser la femme à vivre séparément de son mari en conservant pour elle une partie du domicile com-

mun. La loi ne parlant que de résidence séparée ne s'oppose pas à cette interprétation, et il est des circonstances où cette mesure pourra, à raison de la situation respective des époux, de la nature de leurs occupations ou de toute autre considération, paraître très fondée.

Le juge — président ou tribunal — peut-il autoriser la femme à demeurer au domicile commun et ordonner au mari de le quitter ?

Cette question a été très discutée.

Pour refuser ce droit au juge on a soutenu qu'autoriser l'expulsion du mari serait faire échec au grand principe de l'autorité maritale qui doit continuer à s'appliquer même pendant l'instance. Celle-ci, en effet, si elle relâche à certains points de vue, notamment au point de vue de la résidence de la femme, le lien conjugal, n'en laisse pas moins subsister les pouvoirs du mari comme chef ; on ne saurait donc admettre que la femme puisse, même autorisée par le juge, l'expulser du domicile conjugal. On ajoute que l'article 268 ancien du Code civil ne permettait à la femme que de quitter le domicile commun et de se faire fixer une résidence au dehors.

Cette opinion n'a pas triomphé. La majorité des auteurs (1) adopte l'opinion contraire à laquelle nous nous rallions sans hésitation.

---

1. Vraye et Gode, t. II, n° 547. — Coulon, t. IV, p. 268. —

Et tout d'abord en droit cette opinion est-elle si difficile à admettre ? Laissons de côté l'argument tiré du texte de l'ancien article 268, cet article aujourd'hui abrogé ne saurait être invoqué. La puissance maritale, si respectable soit-elle et si digne d'être scrupuleusement maintenue dans un ménage uni, doit-elle peser de tant de poids alors que les époux sont en désaccord et que la loi elle-même comprend la nécessité d'en restreindre les effets ? La puissance maritale, on peut dire que c'est une expression dont on a peine maintenant à saisir le sens, comme impliquant une autorité, au profit de ce mari accusé de manquer à ses devoirs, sur cette femme révoltée contre ce qu'elle estime être une tyrannie. Nous ne sommes, il est vrai, qu'au cours du procès ; on n'en connaît et on n'en peut prévoir l'issue, et il ne saurait être question de faire produire à la demande les effets qui seront attachés seulement au jugement prononçant le divorce. Mais en réalité ce ne sont plus deux époux qui sont en présence : ce sont deux adversaires animés d'une égale ardeur à faire valoir leurs droits dans la plus acharnée des luttes judiciaires.

D'ailleurs l'instance en divorce n'est qu'une série d'atteintes à la puissance maritale : c'est tout d'abord

l'autorisation donnée à la femme d'introduire contre son mari cette demande où elle va accumuler contre lui les accusations les plus graves, et de se soustraire au premier de ses devoirs : la cohabitation ; ce sont ensuite des mesures comme celles qui consistent à enlever au père la garde de ses enfants ; c'est l'autorisation donnée par le tribunal à la femme d'établir par témoins l'indignité de son mari. Aussi peut-on s'étonner de voir au cours de l'instance invoquer cette puissance maritale, si battue en brèche par le législateur lui-même, pour s'opposer à une mesure tendant par exemple, dans l'intérêt commun des époux, à conserver à la femme la gestion d'un établissement commercial qui est la seule fortune du ménage. Singulière application de la puissance maritale en vérité que ce droit donné au mari de ruiner toute la famille ! Comme le dit fort bien M. Coulon (t. IV, p. 267) : « Le respect de la puissance maritale va-t-il faire échec à une mesure utile et juste, « au cours d'une instance qui a pour objet de « détruire avec les liens conjugaux la puissance « maritale elle-même ? »

Et maintenant, en fait, il y a là une situation des plus intéressantes. Une femme est à la tête d'un commerce prospère ; son mari paresseux, débauché ou simplement incapable, ne peut subvenir aux besoins du ménage qu'elle seule fait vivre. Elle demande le divorce, il faudrait donc qu'elle aban-

donne cette maison où elle assure la subsistance et l'avenir du ménage, ce fonds de commerce qui est sa chose, qu'elle a constitué grâce à son intelligence et à son activité. Rarement l'application des principes aurait conduit à un résultat aussi choquant.

M. Demolombe (t. IV, p. 531) a apporté, à propos de la séparation de corps, à l'opinion que nous adoptons l'appui de sa haute autorité : « Cette  
« femme, écrit-il, demanderesse ou défenderesse en  
« séparation de corps, fait le commerce; elle le faisait  
« même déjà avant son mariage, et c'est son mari  
« qui est venu ainsi chez elle; ou bien elle ne l'a  
« commencé, si vous le voulez, que depuis le  
« mariage mais c'est elle qui le gère, elle-même, elle  
« seule; elle est modiste ou lingère. Voulez-vous  
« enlever cette femme à son comptoir et laisser là  
« son mari? Cela revient à dire : voulez-vous détruire  
« ce commerce, ruiner la famille et les enfants et  
« peut-être aussi le mari lui-même. Je n'hésite donc  
« pas à croire que le président a le pouvoir d'ordon-  
« ner provisoirement l'expulsion dans ce cas et  
« autres semblables, comme si encore, par exemple,  
« la femme victime des brutalités de son mari est  
« dans un tel état de faiblesse qu'elle ne peut pas  
« être transportée ailleurs. »

C'est enfin ce système qu'a consacré la jurisprudence, toujours influencée par les considérations de fait si pressantes dans le cas présent (Cass. Req.,

18 janvier 1892. *Pand. fr.*, 93. I. 95 et 25 février 1901, *Pand. fr.*, 1901. I. 366) (1).

Mais dans quelles circonstances le mari pourra-t-il être expulsé ainsi du domicile conjugal ? Car il est évident que si ce n'est pas chose juridiquement impossible, ce n'en reste pas moins une mesure grave ne devant intervenir que dans des cas exceptionnels.

Le juge pourra voir une raison suffisante dans le fait que la femme exerce au domicile conjugal un commerce ou une industrie ; ce sera l'hypothèse la plus fréquente où le maintien de la femme à ce domicile s'imposera, et c'est pourquoi nous l'avons pris comme exemple pour montrer à quelles nécessités pratiques impérieuses répond notre système. Peu importe toutefois que l'établissement commercial ou industriel ait été géré et administré par la femme dès avant son mariage, ou qu'il n'ait été créé que postérieurement ; peu importe aussi que le mari joue un rôle dans cette gestion si c'est la femme qui joue le principal rôle et si sa présence est nécessaire pour assurer une exploitation fructueuse. Le juge ne devra prendre en considération que l'intérêt bien entendu des époux.

---

1. V. également Amiens, 12 janvier 1897, *Rec. Amiens*, 1897, p. 99 et 14 avril 1899. *Rec. Amiens*, 99. 190 ; Caen, 30 avril 1900, *Rec. Caen*, 1902, 110 ; Douai, 17 décembre 1903. *Le Droit*, 29 avril 1903.

Il n'y a pas lieu de poser en principe, comme l'a fait un arrêt de la Cour de Paris du 5 mars 1895 S. 95. 2. 192) que « le président ne peut attribuer « comme résidence provisoire à la femme le domicile conjugal, s'il n'est pas établi en fait que, pendant la durée de la vie conjugale, les époux « exploitaient au domicile conjugal un commerce « ou une industrie confiée exclusivement à la « femme ».

On ne doit pas limiter à cette seule hypothèse le droit du juge d'assigner à la femme comme résidence le domicile conjugal ; il pourra encore par exemple enjoindre au mari de quitter le domicile conjugal et d'y laisser sa femme, lorsque celle-ci sera malade et hors d'état d'être transportée. C'est à lui de décider si le motif invoqué, quel qu'il soit, justifie suffisamment cette grave mesure.

Mais, pour notre part, nous n'attachons pas d'importance à des circonstances telles que, celle que la femme est propriétaire de l'immeuble où est établi le domicile conjugal, même si elle en a la jouissance et l'administration (1).

---

1. Ce fait a cependant été assez fréquemment pris en considération par les tribunaux. V° notamment un jugement du tribunal de Jassy (Roumanie) du 12 septembre 1902 (*Journal du Pal.*, 1903, IV, 24) qui se fonde, pour enjoindre au mari de quitter le domicile conjugal, sur ce que la maison

Que la femme propriétaire de l'immeuble ne soit pas obligée, si elle en a l'administration, par exemple comme séparée de biens, d'y laisser résider le mari cela paraît logique mais n'a rien à voir avec la question qui nous occupe. L'expulsion du mari dans ce cas ne regarde nullement le juge des mesures provisoires, il n'a pas à se préoccuper de savoir auquel des deux époux appartient la maison, pas plus qu'il n'aurait à tenir compte de ce que le bail de l'immeuble, quand il n'appartient pas aux époux, est fait au nom du mari ou de la femme. « Il « importe peu que la maison où est établi le domicile conjugal soit une propriété paraphernale de « la femme parce qu'il ne s'agit pas ici d'apprécier « un acte d'administration de la femme sur ses « paraphernaux (1).

Le juge compétent pour statuer sur la résidence séparée de la femme peut-il, dès la première ordonnance, fixer au domicile conjugal cette résidence ?

---

où est établi ce domicile avec le mobilier qu'elle contient, fait partie des biens propres de la femme et que les époux ne sont pas mariés sous un régime conférant au mari la jouissance des biens apportés par la femme.

1. Limoges, 21 mai 1845. *Pand. fr.*, 1846. 1. 34. Rappr. un arrêt de la Cour de Bruxelles du 29 janvier 1902 (D. 1902. 2. 199) qui refuse de prendre en considération la circonstance que la maison où est établi le domicile conjugal est la propriété du père de la femme qui en a donné la jouissance aux époux dans l'intention qu'ils y habiteront ensemble,

On l'a contesté (Carpentier, t. II, n<sup>o</sup> 53 ; Garsonnet, t. VI, § 1364) en disant que cette mesure très grave ne saurait être prescrite par le juge alors que la femme seule comparaît devant lui. M. Carpentier admet toutefois cette atténuation qu'elle pourrait être demandée avant l'ordonnance de non-conciliation par voie de référé.

Nous ne partageons pas cette opinion. Les termes de l'article 236 sont généraux. En outre les Travaux préparatoires fournissent un argument en notre faveur. M. Labiche, dans son rapport au Sénat, s'exprime, à propos de cet article, dans les termes suivants qui confirment ceux employés par l'exposé des motifs du projet : « Le mari, s'il est demandeur, « peut provoquer cette mesure (la résidence séparée) aussi bien que la femme. Cette hypothèse « doit être prévue, par exemple, pour le cas où il « existe une maison de commerce dirigée par la « femme que celle-ci doit continuer à habiter ; mais « il est bien entendu qu'on ne pourra imposer une « résidence déterminée au mari. » On objectera que le rapporteur a en vue un mari demandeur sollicitant l'autorisation de quitter le domicile commun, alors que nous parlons d'une femme demanderesse qui réclame l'expulsion de son mari. Qu'importe, répondons-nous, que ce soit le mari ou la femme qui demande le divorce ? Un fait seul est à considérer : l'existence d'un fonds de commerce dirigé

par la femme. Si, comme c'est la pensée de M. Labiche, le mari peut invoquer cette circonstance pour se faire autoriser à résider séparément en dehors du domicile conjugal, comment refuser à la femme, quand elle est demanderesse, le droit de s'en prévaloir également pour faire fixer sa résidence dans ce domicile ? Si la femme « doit continuer à habiter » la maison où s'exerce le commerce dans le premier cas, elle doit continuer à l'habiter aussi dans le second. Sinon que deviendra le fonds de commerce entre la première ordonnance et l'ordonnance de non-conciliation, c'est-à-dire pendant un intervalle de temps qui est fréquemment d'un ou deux mois dans les tribunaux encombrés ?

D'ailleurs au cas où la mesure ainsi obtenue par la femme lors de la première ordonnance ne serait pas justifiée, le mari aura la ressource d'assigner en référé pour faire retirer à la femme l'autorisation donnée à tort.

Concluons donc que la fixation de la résidence de la femme au domicile commun et l'ordre donné au mari d'en sortir peuvent intervenir dès la première ordonnance.

A quelque moment que cette mesure soit prescrite elle a pour effet d'attribuer à la femme le domicile conjugal comme habitation personnelle et exclusive. Il s'ensuit que si le mari n'exécute pas volontairement la décision du juge, la femme pourra recourir à

la force publique pour le faire expulser. On en a tiré également cette conséquence, que le fait par le mari de briser à coup de pierres les fenêtres et carreaux de ce domicile constitue le délit de bris de clôture art. 456, C. pénal) (1).

---

1. Trib. de Bagnères-de-Bigorre, 17 octobre 1903. *Fr. Jud.*, 1903. 2. 388.

## CHAPITRE III

### Effets de la fixation d'une résidence séparée

---

Il faut poser en principe que cette fixation de résidence laisse subsister tous les droits dérivant du mariage et non incompatibles avec elle ; elle ne fait que délier la femme de l'obligation de cohabitation.

Elle produit quatre effets principaux que nous allons examiner successivement :

#### I

Le premier est l'obligation pour la femme de demeurer au lieu indiqué.

La loi a édicté (art. 241) contre la femme qui ne se conforme pas à cette obligation des sanctions rigoureuses : refus de la pension, irrecevabilité à poursuivre l'instance. Nous n'avons pas à étudier ici ces sanctions qui feront l'objet d'un chapitre spécial.

Mais la femme peut avoir besoin de changer de résidence à raison de circonstances nouvelles.

L'autorisation lui en sera accordée par les mêmes autorités qui sont compétentes pour autoriser la femme à prendre une habitation séparée, c'est-à-dire, selon les cas, le président conciliateur, le juge des référés ou le tribunal.

La nécessité de l'intervention du juge se justifie ici par les mêmes raisons que quand s'agit d'autoriser une première fois la femme à résider séparément.

Il est cependant un cas où la question se pose de savoir si la femme, pour changer de résidence, a besoin d'une autorisation ; c'est celui où sa résidence a été fixée chez un tiers, notamment ses père et mère. Si ce tiers vient à changer de domicile, la femme pourra-t-elle le suivre sans autorisation ? Autrement dit l'autorisation donnée à la femme de résider chez le tiers s'étend-elle aux diverses résidences que peut avoir le tiers, ou est-elle limitée au lieu où il habitait lorsque cette autorisation a été accordée ?

La question présente de l'intérêt notamment pour la validité des significations d'actes de procédure et pour l'application des déchéances de l'article 241.

Il ne nous paraît pas douteux que si le juge a désigné la personne chez laquelle la femme sera tenue d'habiter sans indiquer le lieu, la résidence de la femme sera toujours celle de cette personne, même si elle change. Nous avons d'ailleurs dit précédem-

ment qu'à notre avis le juge, en se bornant à désigner ainsi la personne, n'obéit pas à la loi.

Si, comme c'est son devoir, le juge a indiqué en même temps le lieu de la résidence, nous pensons que c'est aux tribunaux d'apprécier en fait, selon les circonstances, et notamment la qualité du tiers, si le juge a eu en vue moins le lieu indiqué que la personne. La jurisprudence a fourni à ce sujet des solutions diverses. Elle tend cependant à décider d'une façon générale que la résidence de la femme suit celle de la personne chez qui elle est fixée, tout au moins quand il s'agit du père ou de la mère de la femme (Paris, 26 juillet 1888. *Gaz. Trib.*, 7 août 1888; Cass. 25 juin 1889. *Pand. fr.*, 89. 1. 555.

Mais il nous paraît en tout cas nécessaire que la femme fasse connaître au mari sa nouvelle adresse.

## II

Les actes de la procédure doivent être signifiés à la femme à la résidence fixée par le juge (1).

Il y a donc un déplacement de domicile et une dérogation implicite à la règle de l'article 108 sur le domicile légal de la femme mariée (Coulon, t. IV, p. 269).

---

1. Bastia, 12 juillet 1892. S. 94. 2. 116. Carpentier, t. I, n° 228.

Les actes de procédure signifiés à la femme, à la requête de son mari, seront nuls s'il ont été délivrés au domicile légal de la femme chez son mari. On ne saurait permettre au mari de signifier chez lui les actes adressés à sa femme, alors que celle-ci a une résidence qu'il lui est interdit de quitter sous peine de graves déchéances. Les actes de procédure seront donc notifiés à la femme demeurant de droit chez son mari, mais de fait autorisée à résider séparément dans la maison indiquée, et la copie de l'exploit sera remise à ce dernier endroit.

La jurisprudence a notamment annulé l'acte d'appel signifié au domicile légal de la femme chez son mari (1).

Nous avons vu plus haut que si la résidence de la femme est fixée chez un tiers, elle peut dans certaines circonstances être réputée changer avec celle de ce tiers. Dans ce cas c'est à la nouvelle résidence du tiers que la signification devra être faite, à condition toutefois que le mari la connaisse ou même seulement, a-t-il été jugé, qu'il soit facile à l'huissier qui se présente à l'ancien domicile de la connaître, en s'en enquérant alors qu'elle est de notoriété publique (2).

Il importe de remarquer que le domicile de la

---

1. Besançon, 20 novembre 1896. D. 97. 2. 348;

2. Bastia, 12 juillet 1892, S. 94. 2. 116.

femme ne se trouve déplacé qu'à l'égard du mari (1). Les tiers sont toujours en droit de considérer que la femme a son domicile chez celui-ci ; les décisions statuant sur la résidence, auxquelles il ne sont pas parties, et qui ne font l'objet d'aucune publicité, ne leur sont pas opposables. Ils signifient donc valablement au domicile du mari les exploits concernant la femme. Si toutefois, connaissant le lieu de résidence de la femme, ils font délivrer à cet endroit les actes de procédure dirigés contre elle, la signification sera, selon nous, valable, car la résidence de la femme est reconnue par la loi ; mais il faudra, bien entendu, que l'acte ait été délivré à ce lieu de résidence, à un moment où la femme y habitait effectivement.

### III

La femme a le droit de repousser, même par la force, son mari qui la trouble dans sa résidence.

C'est là un effet moins de la fixation d'une résidence que de l'autorisation de résider séparément.

Le mari, quand il a été autorisé à résider séparément, a de son côté le droit de repousser les poursuites de sa femme dans la résidence qu'il s'est choisie et c'est même, nous l'avons vu, le principal intérêt que peut présenter pour lui cette autorisation.

---

1. Paris, 20 janvier 1896. *Gaz. Palais*, 3 mars 1896.

#### IV

Enfin, la femme autorisée à résider séparément est implicitement autorisée à contracter en son nom personnel les obligations nécessaires à son existence séparée.

Donc la femme va s'obliger personnellement par les obligations contractées par elle pour sa subsistance, à la condition toutefois que ces dépenses ne soient pas hors de proportion avec sa situation sociale (1), et les fournisseurs pourront agir directement contre elle (Bordeaux, 22 janvier 1890. *Rec. arr. Bordeaux*, 90. 2. 42.)

Dans quelle mesure la femme engage-t-elle son mari par les dépenses qu'elle fait pour subvenir à ses besoins ? Quels vont être les droits des tiers à l'égard du mari ?

Il paraît certain que la femme ne saurait obliger son mari que dans la mesure de ses besoins alimentaires à l'exclusion des dépenses voluptuaires (2).

Pour nous en tenir aux dépenses alimentaires, une

---

1. Trib. de la Seine, 14 juin 1884. *Gaz. du Pal.*, 84. 2. 2 ; Paris, 23 décembre 1889. D. 90. 2. 359.

2. V. cependant un jugement du tribunal de Lyon du 26 novembre 1883 (*Gaz. des Trib.*, 4 février 1887), qui met à la charge du mari des dépenses d'installation.

première observation s'impose : Le mandat tacite, qu'en temps ordinaire la femme est présumée tenir de son mari, en vertu de l'article 1420, doit être considéré comme révoqué, sinon par l'introduction de l'instance en divorce, tout au moins par la fixation de la résidence séparée.

Il faut en outre faire intervenir d'autres considérations : A partir du jour où elle habite séparément, la femme doit en principe subsister avec ses seules ressources, et c'est seulement si elle n'a pas de ressources suffisantes pour assurer son existence qu'il y aura lieu à l'allocation d'une pension ; c'est donc seulement dans ce cas aussi que le mari pourrait être tenu des dettes alimentaires contractées par elle ; autrement ce serait l'obliger, sous forme de remboursement de ces dettes à fournir une pension. La femme qui n'a pas droit à une pension est donc seule obligée envers les tiers (Poitiers, 22 décembre 1889. D. 90. 2. 359).

Si la femme a obtenu une pension, le mari ne sera aucunement responsable envers les tiers fournisseurs de sa femme ; cette pension est réputée comprendre tout ce qui est nécessaire pour la subsistance de la femme, et le mari en la payant se libère de toute autre obligation. M. Le Senne dit que quand le chiffre de la pension est insuffisant, la personne qui aurait fait des avances dans la mesure des besoins de la femme et des moyens des deux

époux, serait fondée à répéter la différence contre le mari comme chef de la communauté, comme administrateur des biens dotaux, ou en sa seule qualité d'époux.

Nous n'admettons pas cette doctrine ; si le chiffre de la pension est insuffisant, la femme doit le faire augmenter. Le tribunal qui a accordé la pension — et ce sera en général lui qui sera saisi de la demande en paiement dirigée par les tiers contre le mari — s'il condamnait ce dernier dans la mesure de la différence dont parle M. Le Senne augmenterait indirectement le chiffre de la pension accordée à la femme ; or cette augmentation ne peut avoir lieu qu'à la requête de celle-ci.

Le mari ne se trouve donc nullement obligé par les dettes que contracte ainsi la femme qui reçoit une pension (Cass., 16 février 1898. *Gaz. des Trib.*, 21 février 1898), même, décide la jurisprudence, si la dette provient de soins médicaux (1) ou de fournitures de médicaments (2).

Mais si le mari condamné à servir une pension à sa femme ne la paie pas, les fournisseurs de la femme, créanciers pour cause d'aliments, peuvent

---

1. Bordeaux, 22 janvier 1890 (*Journ. arr. Bordeaux*, 90. 2. 37).

2. Trib. de paix de Gournay-en-Bray (*Rev. des Just. de Paix*, 1903, 424).

agir contre le mari même l'instance terminée pour se faire payer de leurs fournitures jusqu'à concurrence de ce qui reste dû sur la provision (Paris, 8 mars 1890. D. 91. 2. 131).

Que décider enfin quand la femme n'a pas demandé de pension, alors que, dépourvue de ressources personnelles, elle serait en droit d'en obtenir une ?

Le mari sera tenu des dépenses alimentaires et les tiers agiront contre lui, tant comme exerçant l'action appartenant à la femme, leur débitrice, qu'à raison de l'obligation où se trouve le mari, tant que dure le mariage, de pourvoir à la subsistance de sa femme, et par conséquent d'acquitter les dettes alimentaires de celle-ci (1).

---

1. Paris, 11 mai 1874. *Pand. fr. chr.* V. 2. 130 ; — Paris, 8 mars 1890. D. 91. 2. 31.

## CHAPITRE IV

### Déchéances encourues par la femme qui abandonne la résidence fixée

---

La loi, en imposant à la femme en instance de divorce l'obligation de résider dans un endroit fixé par le juge, devait se préoccuper des moyens d'assurer l'exécution de cette prescription qui, faute de sanction, aurait risqué de demeurer sans effet.

Elle a établi contre la femme qui quitte sa résidence deux déchéances particulièrement graves : l'une, le droit pour le mari de refuser la pension alimentaire, s'applique, quel que soit le rôle de la femme dans l'instance, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse ; l'autre, au contraire, qui consiste dans l'irrecevabilité de la femme à continuer les poursuites, ne peut recevoir son application que lorsque la femme est demanderesse.

L'article 241 s'exprime ainsi : « La femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en est requise ; à défaut de cette justification, le mari peut refuser

« la provision alimentaire, et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites. »

Nous allons examiner successivement en quoi consistent ces déchéances, quel en est le caractère, dans quels cas il y a lieu d'en faire application, et à qui incombe la preuve qu'elles sont encourues.

## I

A. — La première sanction de l'obligation de résidence est la *perte par la femme du droit à la pension* à elle allouée. La femme, en effet, qui enfreint la décision du juge lui fixant le lieu où elle doit habiter, ne saurait se prévaloir de l'autre décision, émanant souvent du même juge et contenue dans la même ordonnance ou le même jugement, et lui accordant une pension. Le juge lui a alloué une pension pour assurer sa subsistance au lieu qu'il indiquait et non ailleurs ; les deux choses sont intimement liées.

Mais le mari, qui, aux termes de l'article 241, est en droit de refuser la pension alimentaire faute par la femme de justifier de sa résidence, peut-il être tenu de lui fournir cependant des aliments en vertu de l'article 212 ? Quelques auteurs (1) soutiennent que la déchéance dont l'article 241 frappe la femme ne

---

1. Grévin. *Traité du divorce*, p. 188 ; Coulon, t. IV, p. 273.

fait pas disparaître l'obligation de secours et d'assistance édictée par l'article 212, et que la femme pourra en vertu de cet article agir contre le mari.

Nous repoussons ce système qui aboutit à faire perdre à l'article 241 la plus grande partie de son efficacité. Qu'importerait à la femme qu'on lui refuse la pension qui lui a été allouée si elle peut en obtenir une autre en invoquant l'article 212 ? On nous objectera peut-être qu'elle n'aura droit en vertu de cet article qu'à des aliments proprement dits et non à une pension alimentaire au sens large, comprenant tout ce qui est nécessaire à sa subsistance selon sa situation sociale et ses habitudes de vie. Mais il nous semble qu'il n'y a pas de distinction à faire, et que si l'on reconnaît à la femme dans le cas présent le droit à une pension en vertu de l'article 212, cette pension devra avoir la même quotité que celle allouée en vertu de l'article 238. On dit également que cette demande basée sur l'article 212 devra faire l'objet d'une instance distincte et d'un nouveau jugement ; c'est encore une raison pour que nous y soyons opposé : le mari aura intérêt à ne pas invoquer la déchéance s'il doit être condamné à payer tout de même une pension, par un nouveau jugement dont il devra supporter les frais.

En outre, la loi a réglé d'une manière spéciale la situation de la femme pendant l'instance ; elle lui accorde le droit de quitter le domicile conjugal,

mais comme contre-partie de ce droit, elle lui impose l'obligation de résider dans un lieu déterminé par le juge et de ne pas quitter cette résidence sans autorisation. Or la femme sans aucun motif sérieux refuse de se soumettre à cette obligation de résidence ; n'est-il pas choquant de lui permettre d'éluder la déchéance qui la frappe, en recourant aux principes généraux du mariage et des obligations qui en découlent ? Un principe général édicté comme celui de l'article 242 en vue d'un mariage uni, ne saurait, selon nous, faire échec à une disposition écrite dans un chapitre réglant la situation toute spéciale de la femme en instance de divorce. La loi a réglé d'une façon suffisamment précise sur ce point les droits de la femme ; point n'est besoin de faire appel aux dispositions générales sur les obligations entre époux.

D'ailleurs, en dehors de toute instance, le mari doit-il des aliments à sa femme qui sans aucune raison légitime abandonne le domicile conjugal ? Evidemment non. Dès lors, pourquoi faire une différence entre ce cas et celui où la femme en instance de divorce abandonne le lieu de résidence fixé, lieu où la loi lui fait une obligation de demeurer, comme elle lui fait en temps ordinaire une obligation de demeurer au domicile conjugal ?

Et remarquons qu'il s'agit d'une femme qui s'insurge contre la loi et les prescriptions de justice, car, si elle a des raisons sérieuses à faire valoir pour jus-

tifier l'abandon de sa résidence, le tribunal, tout au moins dans l'opinion que nous adopterons, pourra refuser de prononcer la déchéance, et en tout cas, quelque opinion que l'on adopte à ce sujet, il aura la faculté de lui fixer pour l'avenir une nouvelle résidence au lieu qu'elle demande, ce qui la rendra de nouveau recevable à exiger le paiement de sa pension.

En même temps que le droit de refuser la pension, on doit reconnaître au mari celui de refuser la provision *ad litem*, non pas par analogie — il s'agit de déchéance, et une interprétation limitative s'impose — mais en considérant que la femme étant non recevable à continuer les poursuites, cette provision est pour le moment sans utilité pour elle. Toutefois, le motif sur lequel nous basons le refus de la provision nous force à en limiter l'application à la femme demanderesse ; la fin de non-recevoir de l'article 241 ne s'applique en effet pas à la femme défenderesse.

Enfin le droit pour le mari de refuser la pension alimentaire emporte évidemment la dispense pour lui de payer les fournitures faites à sa femme au lieu de sa résidence (1) ; décider le contraire serait annuler l'effet de la déchéance en obligeant le mari

---

1. Trib. Lyon, 11 mars 1891. *La Loi*, 1891, p. 1097.

à subvenir sous une forme autre que la pension à l'entretien de sa femme.

*B.* — La deuxième sanction de l'obligation de résidence est la *non recevabilité à continuer la procédure*. Que faut-il entendre par là ? Il ne saurait être question d'une déchéance du droit d'action lui-même. L'article 241 en parlant de « poursuites » n'a pu avoir en vue que la procédure engagée pour faire valoir le droit, mais non le droit lui-même.

Mais doit-on y voir une péremption d'instance mettant à néant cette procédure, et ne laissant d'autre ressource à la femme que de former une nouvelle demande, qui pourra d'ailleurs être basée sur les mêmes causes ?

Certains auteurs le pensent et le tribunal civil de Compiègne a décidé le 13 décembre 1899 (*Gaz. du Pal.*, 1900. 1. 139) que lorsqu'un jugement a déclaré la femme non recevable à suivre sur sa demande faute par elle de résider au lieu assigné, « la procédure antérieure à ce jugement est et demeure annulée ».

Nous n'adoptons pas ce système, il fait preuve à l'égard de la femme d'une rigueur que ne commandent pas les termes de la loi, nous pensons avec la majorité des auteurs et de la jurisprudence (1) qu'il

---

1. Vraye et Gode, t. II, n° 551 ; Carpentier, t. I, n° 91 ; Trib. de la Seine, 28 janvier 1886. *Journal des avoués*, 1886,

s'agit d'une simple suspension des poursuites, d'un arrêt de la procédure en cours qui pourra être reprise quand la situation de la femme sera régularisée ; le tribunal surseoir à statuer jusqu'à ce que la femme ait justifié de son obéissance à la décision du juge lui fixant une résidence.

C'est en ce sens que s'est prononcé un arrêt de la Cour de Paris du 25 février 1903 (*Le Droit*, 6 juin 1903) qui s'exprime ainsi :

« Considérant que c'est à bon droit qu'en l'état  
« de la cause, le tribunal a déclaré la demanderesse  
« non recevable à continuer la procédure en divorce  
« commencée à sa requête, sans qu'elle fût pour cela  
« déchue du droit d'obtenir le divorce demandé ;  
« Considérant en effet qu'au temps où le jugement  
« précité du 13 mai 1902 a été rendu, la dame R...  
« avait quitté le domicile provisoire qui lui avait été  
« assigné pendant le procès ; qu'elle ne justifiait pas  
« alors de sa résidence dans la maison indiquée rue  
« Saint-Honoré, n°... ;

« Mais considérant qu'ayant réintégré Paris, elle  
« a, par ordonnance de M. le président du tribunal  
« civil de la Seine, en date du 12 juillet 1902, été  
« autorisée de nouveau à résider provisoirement rue  
« des Petites-Ecuries n°... ; qu'il appert des pièces

---

p. 151 ; Poitiers, 29 novembre 1886. *Pand. fr.*, 87. 2. 22 et la note de M. Poulle.

« et documents produits en cause d'appel qu'elle  
« demeure effectivement au lieu sus-indiqué et que  
« R... ne démontre pas, comme il l'avait démontré  
« en première instance, que la demanderesse a  
« déserté la maison dont s'agit ; que conséquemment  
« il n'est plus recevable dans la fin de non-recevoir,  
« telle que formulée devant les premiers juges,  
« laquelle par sa cause, sa nature et ses effets, n'est  
« pas absolue, mais purement temporaire.

« Et considérant..... que la dame R... ayant été  
« habilitée par l'ordonnance sus énoncée du 12 juil-  
« let 1902 à reprendre et continuer ses poursuites  
« sur les derniers errements de la procédure inter-  
« rompue et suspendue, tant que sa situation au  
« regard de l'obligation de résidence qui lui incombe  
« n'était pas régularisée par ladite ordonnance, il  
« lui est facultatif désormais, etc. »

On ne peut expliquer plus nettement la portée exacte de la déchéance qui nous occupe.

Cette déchéance, de même que l'autre déchéance édictée par l'article 241, n'est donc pas définitive mais purement temporaire ; elle est limitée au temps que la femme reste hors de la résidence qui lui a été fixée ; si la femme réintègre le lieu fixé pour sa résidence, ou qu'elle obtienne la fixation d'un nouveau domicile et qu'elle y réside effectivement, elle recouvre tous ses droits (dans le même sens Trib. civil de Toulouse, 1<sup>er</sup> août 1905. *Gaz. du Pal.*, 25 novembre 1905).

## II

Nous sommes ainsi amené à nous demander quel est le caractère des deux déchéances encourues par la femme. Il résulte des termes de l'article 241 que le tribunal ne peut les prononcer d'office, mais sont-elles absolues, en sorte que le tribunal devant qui le mari les invoque ne peut refuser de les prononcer ? Quels sont les pouvoirs des juges ?

Sans doute ils peuvent décider qu'en raison du peu de durée de l'absence il n'y a pas abandon ; mais une fois établi que la femme a non seulement quitté momentanément sa résidence mais l'a abandonnée, sont-ils obligés de prononcer les déchéances ?

Selon certains auteurs, les tribunaux n'ont, dans aucun cas, de pouvoir d'appréciation, qu'il s'agisse de la pension ou de la fin de non-recevoir (1).

Selon d'autres, il y a lieu de distinguer à raison des termes différents dont la loi s'est servie pour l'une et l'autre déchéance. En effet, l'article 241 qui dit : « le mari peut refuser la pension » est moins absolu pour l'instance : « il peut la faire déclarer (la femme) non recevable à continuer ses poursuites ». On en a conclu (Coulon, t. IV, p. 274) que tandis que

---

1. Carpentier, t. II, n° 230. Huc, t. II, n° 349.

le maintien ou la suppression de la pension, dans le cas d'absence, était abandonné à l'arbitraire du mari, les juges jouissaient au contraire d'un certain droit d'appréciation quand il s'agit de la déchéance concernant les poursuites.

Si l'on s'en rapportait aux travaux préparatoires du Code civil, on rejetterait tout pouvoir d'appréciation même dans ce cas. Treilhard en effet s'exprimait ainsi : « Si elle quitte cette maison *elle ne sera plus recevable* à continuer ses poursuites. » On a fait justement remarquer que la pensée du rapporteur n'est pas toujours celle du législateur, et que lorsque ses paroles sont en contradiction avec le texte même de la loi, c'est celui-ci qui doit être réputé exprimer la volonté du législateur. On peut ajouter qu'il y a d'autant moins à s'attacher à l'opinion de Treilhard, que si l'article 241 reproduit l'ancien article 269 du Code civil, il n'en reste pas moins que cet article 241 figure actuellement dans notre Code par la volonté du législateur de 1886.

Mais, en ce qui nous concerne, nous n'admettons pas la distinction proposée et nous reconnaissons dans les deux cas au tribunal le même pouvoir d'appréciation. Rien ne prouve que le législateur ait attaché aux expressions dont il s'est servi l'importance qu'on veut leur donner. Il a dit : « le mari peut refuser la pension », parce qu'il s'agit d'un paiement qui lui est demandé, et qu'il dépend par suite de

lui, en dehors de toute intervention du tribunal, d'effectuer ou de ne pas effectuer, sauf à déduire devant le tribunal, s'il est assigné en paiement, les raisons de son refus. Au contraire, il ne peut dépendre de sa volonté personnelle d'empêcher la continuation des poursuites ; il ne peut que s'adresser au tribunal pour faire déclarer sa femme non recevable à continuer ces poursuites. Ainsi peut s'expliquer la différence d'expression, les pouvoirs du tribunal restant les mêmes dans les deux cas.

Comment d'ailleurs pourrait-on justifier une distinction ?

De deux choses l'une : Ou la loi a estimé que la femme qui abandonne sa résidence est dans tous les cas en faute et doit par conséquent encourir, *ipso facto*, les déchéances sans qu'il y ait lieu de l'admettre à faire valoir des excuses, et alors les deux déchéances doivent lui être indistinctement appliquées (de même par exemple que la femme qui n'assigne pas dans les vingt jours de l'ordonnance de non-conciliation perd *ipso facto* le bénéfice des mesures provisoires) ; ou au contraire le législateur a pensé que la femme peut dans certains cas avoir eu des motifs légitimes de quitter la résidence, et il a entendu laisser au tribunal la faculté de tenir compte de ces motifs ; et on ne comprendrait pas alors que le tribunal s'il juge l'abandon justifié fût cependant tenu de prononcer une des deux déchéances, son

pouvoir d'appréciation ne pouvant s'exercer qu'à propos de l'autre.

Aussi préférons-nous admettre que les tribunaux jouissent dans tous les cas d'un pouvoir discrétionnaire pour examiner les motifs qui ont pu déterminer la femme à changer de résidence, et pour apprécier selon les circonstances de chaque cause si les déchéances doivent être appliquées.

C'est en ce sens que s'est fixée la jurisprudence. Les décisions judiciaires sont très nombreuses sur ce point ; citons-en quelques unes à titre d'exemples.

Il a été décidé que le mari n'est pas fondé à refuser la pension à la femme qui n'a quitté la résidence que par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, par exemple parce qu'elle a reçu congé de son propriétaire (Paris, 25 avril 1894, *Gaz. du Pal.*, 29 mai 1894), ou encore pour se mettre en service (Trib. de la Seine, 10 mars 1894, *Gaz. des Trib.*, 29 août 1894), ou se placer comme institutrice ou employée afin de gagner sa vie (Trib. civ. de Lyon, 15 mai 1896. *Le Droit*, 8 octobre 1896 ; Trib. de la Seine, 26 novembre 1897. *Gaz. des Trib.*, 15 janvier 1898 ; Alger, 7 mars 1898. *Le Droit*, 29 avril 1898).

Il a été jugé également que la femme n'encourt aucune déchéance quand elle a quitté la résidence fixée pour rechercher un emploi qui lui permet de vivre et de subvenir aux dépenses nécessitées par

l'entretien et la nourriture de sa fille auxquels son mari devait pourvoir par une pension qu'il n'a jamais servie (Paris, 7 décembre 1895. *Gaz. du Pal.*, 16 janvier 1896) ou lorsque, avant que le mari ait invoqué l'application de l'article 241, la femme a saisi le juge d'une demande d'autorisation de changement de résidence et n'a par suite nullement cherché à dissimuler sa résidence (Paris, 9 avril 1895. *Gaz. du Pal.*, 5 et 6 juin 1895 (1).

### III

Comme tous les textes qui établissent des déchéances l'article 248 doit être interprété restrictivement, il importe de préciser dans quels cas le mari pourra se prévaloir de ses dispositions.

Une double condition est nécessaire : qu'un lieu de résidence ait été fixé à la femme par le juge, et que celle-ci l'ait abandonné.

Ainsi donc tout d'abord quand le juge en autori-

---

1. V. également Trib. de la Seine, 11 mai 1894, *Gaz. des Trib.*, 6 juin 1894, 23 juillet 1894. *Gaz. des Trib.*, 21 oct. 1894, 18 janvier 1898. *Gaz. des Trib.*, 7 mai 1898 ; Trib. civ. de Tarbes, 31 mai 1898, *Rec. de la Gaz. du Pal.*, 98.2.721 ; Trib. civ. de Mayenne, 10 juin 1898, *eod. loc.* ; Bordeaux, 27 décembre 1898, *Rec. Bordeaux*, 1899.1.267 ; Trib. civ. de Lyon, 7 février 1901. *Mon. Lyon*, 30 mars 1901 ; Trib. civ. de Toulouse, 1<sup>er</sup> août 1905. *Gaz. du Pal.*, 25 nov. 1905.

sant la femme à introduire son instance en divorce n'a pas indiqué le lieu où elle devrait se retirer, il n'y a pas lieu à application des déchéances (1). Il en sera de même quand le lieu où la femme devra résider pendant le procès a été fixé par une convention intervenue entre les époux. Cependant si cet accord était constaté dans l'ordonnance on retomberait sous l'application de l'article 241.

En second lieu il faut qu'il y ait abandon par la femme de la résidence. Il est évident, en effet, que si la femme doit demeurer habituellement au lieu fixé, il ne lui est pas interdit de s'en éloigner momentanément. « C'est une résidence que la loi lui impose « dans l'intérêt des convenances, non un interne-  
« ment. » (2). Une absence de quelques jours ne fait pas perdre la résidence si on ne l'a quittée qu'accidentellement et avec l'intention de la reprendre sous peu. Et nous pensons que les juges devront se montrer assez larges dans l'appréciation des causes légitimes d'absence, tenir compte notamment des habitudes modernes, chaque jour plus répandues, de déplacement et de voyage ; par exemple nous ne verrions pas un abandon de résidence dans le fait par la femme d'aller faire un séjour aux eaux ou au

---

1. Paris, 3 mars 1904. *Le Droit*, 13 et 14 juin 1904.

2. Grévin, p. 187.

bord de la mer, à condition bien entendu qu'il ne se prolongeât pas outre mesure.

Un cas se présente assez fréquemment où se pose la question de savoir si l'on se trouve en présence d'un abandon de résidence, c'est celui où la femme, autorisée à résider chez un tiers, n'a fait que suivre ce tiers dans sa nouvelle résidence. Doit-on considérer que le juge a eu en vue la résidence chez ce tiers; bien plus que dans le lieu où résidait ce tiers au moment de l'ordonnance ou du jugement? Nous avons déjà rencontré cette question en traitant de l'autorisation de changement de résidence; nous adopterons pour l'application des déchéances une opinion identique à celle que nous avons admise au sujet de cette autorisation. C'est au tribunal, devant lequel est invoquée la déchéance, de décider, d'après les circonstances de la cause, si la considération de la personne a été dominante pour le juge qui a fixé la résidence. Il en sera généralement ainsi. Nous estimons qu'alors il n'y a pas lieu à application de la déchéance, soit qu'on considère que la femme a eu un juste motif de changer de résidence, soit qu'on dise qu'elle n'a pas changé de résidence, le juge ayant eu en vue l'habitation *chez* le tiers.

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 25 juin 1889 (D. 90. 1. 420) décide en ce sens que la femme demanderesse en divorce, autorisée par ordonnance du président à résider dans le domicile occupé par

ses parents au moment de cette ordonnance, n'encourt pas la déchéance édictée par l'article 241 du Code civil, lorsqu'elle se borne à suivre ces mêmes parents dans un nouveau domicile où ils se sont transportés. En tous cas, ajoute la Cour, les juges d'appel qui décident ainsi ne dépassent pas les pouvoirs d'appréciation qui leur appartiennent (1).

Nous ajouterons cependant une condition : c'est que la femme ait informé le mari de son changement de résidence. Si, en effet, le juge, en fixant le lieu de résidence chez le tiers, a eu en vue les garanties qu'offre la présence de ce tiers pour la bonne conduite de la femme, et s'il est à souhaiter que la femme ne cesse pas d'habiter chez lui, il ne faut pas oublier que la fixation de la résidence se justifie également par d'autres raisons que le désir d'assurer la bonne conduite de la femme. Il faut que le mari puisse la surveiller et que l'on sache à quel endroit lui signifier les actes de la procédure. Il est donc indispensable que le mari soit averti du changement de résidence.

#### IV

A qui incombe le fardeau de la preuve ? Est-ce

---

1. Dans le même sens trib. de Lyon, 18 février 1882. *Mon. Jud. de Lyon* du 1<sup>er</sup> avril 1892. Trib. de la Seine, 10 mars 1894. *Le Droit*, 6 mai 1894.

au mari de prouver que la femme a quitté le lieu de résidence ou à la femme de prouver qu'elle a continué d'y demeurer ? Les termes de l'article 241 ne laissent aucun doute à cet égard : c'est à la femme de justifier de sa résidence dans la maison indiquée. On comprend difficilement que le contraire ait pu être jugé (1).

L'article 241, il est vrai, semble renverser les règles ordinaires en matière de preuve. Le mari refuse la pension ou veut faire déclarer sa femme non recevable à continuer les poursuites en prétendant que celle-ci a abandonné sa résidence ; il semble logique de mettre à sa charge la preuve de cet abandon : *Reus excipiendo fit actor*. Le texte précis et impératif de l'article 241 s'y oppose.

Nous ne pensons pas toutefois que cet article doive être appliqué littéralement. Ce serait impossible.

On ne peut obliger la femme à justifier de sa résidence « toutes les fois qu'elle en est requise » ; il y aurait là pour le mari un moyen de vexations continuelles.

Il est même trop rigoureux, selon nous, de décider comme le font plusieurs auteurs que le mari pourra exiger cette justification toutes les fois qu'il y a intérêt, par exemple chaque fois qu'il s'agit de

---

1. Rennes, 6 août 1894. *Gaz. du Pal.*, 94. 2. 515.

payer un terme de la pension alimentaire, ou que la femme veut faire fixer un jour pour plaider (1). Cette pension est en général payable mensuellement, et obliger la femme tous les mois à cette justification serait lui imposer une vexation sans motif, alors du moins qu'aucune présomption n'est apportée par le mari que la déchéance est encourue. Nous estimons donc que lorsque la femme aura une fois justifié, par exemple par des quittances de loyer ou des certificats, qu'elle a bien fixé sa résidence au lieu indiqué par le juge, on ne devra exiger d'elle à nouveau cette justification que si le mari rapporte un commencement de preuve de l'abandon de cette résidence.

D'ailleurs en fait la justification sera difficile pour la femme et les juges ne devront pas se montrer exigeants. Une preuve complète serait impossible à fournir, ce serait la preuve d'un fait négatif à savoir que la femme n'a pas quitté la résidence.

On peut donc dire qu'en pratique ce n'est pas la femme qui justifiera de sa résidence, mais le mari qui fera la preuve de l'abandon, par exemple en indiquant la résidence nouvelle dans laquelle la femme sera venue se fixer sans autorisation (2).

Il est à peine besoin d'ajouter que l'obligation de la femme de justifier de sa résidence est la même,

---

1. Huc, t. II, n° 348.

2. Vraye et Gode, t. II, p. 49.

qu'elle soit demanderesse ou défenderesse ; la qualité de la femme dans l'instance n'a d'influence que sur la sanction de l'obligation, une seule des déchéances étant encourue quand la femme est défenderesse.

Enfin la femme est tenue de la même obligation au cas de sursis de l'article 246. On serait tenté d'en douter à raison du motif qui a fait admettre le sursis : l'espoir d'une réconciliation ; n'est-ce pas aller à l'encontre des intentions du législateur que d'armer le mari de mesures de rigueur qui ne pourront que rendre plus irrémédiable le désaccord des époux ?

Cette considération ne saurait prévaloir contre les termes généraux de l'article 241. A quoi servirait en outre que la résidence séparée fût maintenue ou prescrite pendant le délai du sursis comme l'ordonne l'article 246, si toute sanction de l'obligation de la femme disparaissait ? Enfin l'instance dure toujours quoique le jugement définitif soit connu à l'avance et le mariage subsiste ; les raisons qui ont fait établir l'obligation de résidence, notamment le droit de surveillance du mari, conservent toute leur force. L'article 241 doit donc continuer à recevoir son application.

## CHAPITRE V

### Séparation conventionnelle d'habitation

---

Nous avons considéré jusqu'à présent le cas où le juge fixe, sur la demande d'un des époux, et d'après sa souveraine appréciation, la résidence provisoire. Mais il se peut que les époux séparés par de graves dissentiments soient cependant capables de se mettre d'accord, au besoin par l'intermédiaire de leurs conseils, sur certains points spéciaux comme celui qui nous occupe. Ainsi la femme offre de se retirer pendant l'instance chez ses parents ; le mari n'aura en général aucune bonne objection à soulever et y consentira amiablement. Quel va être l'effet de cet accord vis-à-vis du juge chargé de désigner une résidence à la femme ?

D'après la Cour de cassation (1) la mission du juge dans ce cas doit se borner à constater l'accord intervenu et assigner comme résidence la maison convenue.

---

1. 6 février 1889, *Pand. fr.*, 91.1.947.

Nous ne nous rallions pas à cette doctrine ; le juge ne saurait en aucune manière être obligé de jouer ici le rôle d'une chambre d'enregistrement ; il doit rester souverain appréciateur, et ne pas se voir contraint d'apposer le sceau de l'autorité judiciaire sur des accords qui peuvent lui apparaître comme le résultat de compromissions ou de marchandages louches. Sans doute il en sera rarement ainsi ; la maison dont les époux auront convenu, surtout si c'est celle des père et mère de la femme, présentera généralement toutes les garanties, et le juge qui doit s'inspirer avant tout de l'intérêt des époux ne pourra mieux faire que ratifier leur choix. Mais nous nous refusons à lui imposer une obligation qui ne saurait que diminuer son rôle, et qui au surplus ne paraît nullement résulter de la loi.

Etudions maintenant quels effets vont produire les conventions des époux sur la résidence quand ils ne demandent pas aux juges de les consacrer. Les époux vivent séparés d'un commun accord, la femme résidant dans un lieu dont ils sont convenus. Quelles vont être les conséquences de cette séparation conventionnelle d'habitation ? D'après la jurisprudence elle a pour effet de mettre à la charge du mari les dépenses faites par la femme. Cela nous paraît très juste : la femme dans cette situation obligera le mari et la communauté dans la même mesure où elle les obligerait vivant au domicile du mari.

Il ne faut pas toutefois se méprendre sur les motifs qui nous font adopter cette solution. Nous ne reconnaissons aucune efficacité juridique à une convention qui a pour effet de délier respectivement le mari et la femme du premier devoir qui s'impose à chacun d'eux ; au mari de recevoir sa femme, à la femme d'habiter avec son mari. Nous considérons seulement qu'au regard des tiers et pour les obligations que contracte la femme, le consentement du mari crée une situation de fait qui l'oblige à supporter les conséquences des actes de sa femme absolument comme si celle-ci habitait avec lui.

Mais là s'arrêtent les effets de cette séparation conventionnelle d'habitation qui ne produit pas les effets attachés à la résidence séparée prescrite par le juge. Ainsi elle ne donnera pas le droit à la femme de repousser par la force les tentatives de cohabitation de son mari ; elle ne permettra pas l'application à la femme des déchéances dont l'article 241 frappe celle-ci, au cas d'abandon de sa résidence.

## CHAPITRE VI

### Remise des effets personnels

---

La remise des effets personnels est une conséquence de la fixation d'une résidence séparée.

Avant 1886 aucun texte ne réglait cette remise au cas de demande en divorce. On admettait toutefois que cette mesure pouvait être ordonnée ; on étendait par analogie les dispositions de l'article 878 du Code de procédure civile qui la prévoyait pour la séparation de corps.

Aujourd'hui l'article 238 autorise le président conciliateur à statuer, dans l'ordonnance de non-conciliation, « sur la remise des effets personnels ». La comparaison de cet article avec l'article 236, qui ne parle pas de la remise des effets, ne permet pas de reconnaître au président le droit de statuer sur cette mesure dès la première ordonnance ce qui, disons-le en passant, est fort regrettable. Le président dans l'ordonnance de non-conciliation doit la prescrire expressément ; l'autorisation d'emporter les effets

ne résulte pas nécessairement de l'autorisation de résidence séparée.

Le tribunal pourra ensuite statuer sur cette mesure et aussi le président en référé. Ce dernier point est admis même par les auteurs (1) qui limitent en principe la compétence du juge des référés, une fois le tribunal saisi, à la résidence de la femme : c'est qu'il s'agit d'une véritable conséquence de la fixation de résidence.

Que faut-il entendre par « effets personnels » ? L'article 878 employait une autre expression « effets journaliers ». Les deux termes sont-ils équivalents ? On décide généralement que non. Sous l'empire du Code de procédure les effets dont la remise pouvait être ordonnée étaient les vêtements, linge et hardes. Aujourd'hui il suffit que les effets soient à l'usage de la femme, ils n'est plus nécessaire qu'ils soient à son usage journalier. La femme pourra donc être autorisée à se faire remettre non seulement ses vêtements, linge et hardes, mais encore par exemple ses bijoux et parures, ses objets de toilette et de luxe (Curet, n° 148) et même ses meubles meublants. Les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour déterminer, d'après les circonstances, la position sociale des époux et leur état de fortune, les objets qui devront être remis ; et il est utile que la décision contienne,

---

1. Coulon, t. IV, p. 71.

du moins quand il y a désaccord entre les époux, l'indication et l'énumération des effets remis (1).

Comment la femme pourra-t-elle se faire mettre en possession de ses effets si le mari refuse de les lui livrer ?

La décision aura presque toujours disposé qu'en cas de résistance, la femme pourra procéder à l'enlèvement avec l'assistance du commissaire de police, et au besoin de la force armée. Dans le cas contraire la femme s'adressera au juge des référés pour qu'il répare cette omission.

En cas d'enlèvement, détournement ou dissimulation des meubles par le mari, la femme pourra lui réclamer des dommages-intérêts.

Ajoutons enfin que, comme toutes les autres mesures provisoires, celle qui concerne la remise est toujours susceptible d'être complétée : la femme qui par exemple n'aura été mise en possession au début de l'instance que d'un petit nombre d'objets à son usage, pourra demander et obtenir la remise d'un plus grand nombre au cours du procès.

---

1. Vraye et Gode, t. II, p. 59 ; Coulon, t. IV, p. 272.



## TROISIÈME PARTIE

---

### PENSION ALIMENTAIRE

---

Il ne suffit pas d'accorder à la femme le droit de vivre séparément, il faut lui en fournir les moyens. Or, le mari sous le régime de la communauté qui est le plus fréquent, a comme chef de la communauté la jouissance de tous les biens de la femme ; l'introduction de la demande en divorce ne diminue pas ses droits à cet égard, sauf les mesures conservatoires que la femme peut prendre pour empêcher qu'il ne dilapide l'actif commun. Recueillant donc les revenus des biens de la femme, et aussi ceux des biens communs, disposant en un mot de toutes les ressources du ménage, le mari doit être tenu de fournir à la femme les moyens de subsister.

D'autre part, même si la femme n'a pas de biens, ou a seulement des biens dont les revenus minimes seraient insuffisants, si elle les touchait, à la faire

vivre, le mari va être tenu de lui fournir des aliments en vertu de l'obligation générale d'assistance établie par les articles 212 et 214. Le mariage, ne l'oublions pas, subsiste toujours, mais la vie commune étant devenue impossible, la loi délie la femme de l'obligation de cohabitation. Jusqu'alors l'obligation d'assistance du mari se traduisait par la nécessité où il était de recevoir sa femme et de lui fournir au domicile conjugal tout ce qui est nécessaire à son entretien. Maintenant qu'il ne saurait être question de vie commune, l'obligation du mari va changer de forme, et c'est au moyen d'une pension alimentaire servie par lui à la femme qu'il s'en acquittera.

Donc double fondement de cette pension fournie par le mari à sa femme pendant la durée de l'instance : elle est une charge constituant la contre-partie de la jouissance par le mari des revenus des propres de la femme, et elle est en outre la forme sous laquelle le mari s'acquitte, pendant l'instance, de l'obligation d'assistance lui incombant aux termes des articles 212 et 214.

Nous aurons à tirer ultérieurement diverses conséquences de ce double fondement assigné à la pension alimentaire.

Aux termes de l'article 238, le juge conciliateur «... a la faculté de statuer également, s'il y a lieu, sur « la demande d'aliments ».

Et l'article 240 décide : « Il (le tribunal) statue

« aussi sur les demandes relatives aux aliments pour  
« la durée de l'instance, sur les provisions et sur tou-  
« tes les autres mesures urgentes. »

Disons dès à présent, pour n'avoir plus à nous en préoccuper désormais, que le droit à une pension existe au profit du mari comme au profit de la femme, et montrons rapidement comment ce droit se justifie pour le mari et dans quel cas il y aura lieu d'en faire l'application.

C'est en général la femme qui sera fondée à réclamer une pension à son mari parce que c'est lui qui aura des ressources venant soit des revenus des biens, soit de son travail, de son commerce ou de son industrie. C'est donc normalement au mari qu'incombe, dans les conditions ordinaires, l'obligation d'entretenir sa femme, et l'article 214 paraît même mettre uniquement à sa charge envers sa femme cette obligation d'entretien.

Cependant, le devoir d'assistance écrit dans l'article 212 étant réciproque, on doit admettre que le mari pourra, le cas échéant, réclamer à sa femme une pension alimentaire. Il en sera ainsi si celle-ci a des ressources importantes, soit par les revenus de ses biens, dans le cas où elle en a la jouissance (séparation de biens, régime dotal avec paraphernaux), soit par l'exercice d'un commerce ou d'une industrie, tandis que le mari n'a pas de biens propres ni de ressources personnelles et n'exerce aucune profession.

Antérieurement à la loi de 1886, l'article 268 du Code civil paraissait accorder ce droit à la femme seulement. Cependant, tout au moins quand les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens, les auteurs (Demolombe, t. IV, n° 468 ; Laurent, t. III, n° 264) et les tribunaux (Paris, 4 août 1871. D. 73. 2. 21) reconnaissaient le même droit au mari.

L'article 238 actuel, en donnant au juge le droit de statuer « sur la demande d'aliments » sans indiquer par qui elle est formée, consacre ce système (1).

Cette remarque faite, nous n'aurons plus désormais en vue que la pension allouée à la femme.

Nous examinerons successivement :

1° Quelle est la juridiction compétente pour l'accorder ;

2° Dans quels cas la femme y a droit ;

3° Comment doit en être déterminé le montant ;

4° Quel en est le point de départ et d'arrivée ;

5° Sous quelle forme elle doit être servie, quels moyens d'exécution sont à la disposition de la femme pour en obtenir le paiement, et quelles mesures les tribunaux peuvent prescrire pour assurer ce paiement. Nous étudierons en même temps la question spéciale de savoir s'il doit être fait exception en sa

---

1. Lyon, 2 décembre 1887. *Mon. Jur., Lyon*, 16 mars 1888.  
— Coulon t. IV, p. 300. — Huc, t. II, n° 353.

faveur au principe de l'insaisissabilité des pensions des militaires et de diverses autres créances déclarées insaisissables par la loi ;

6° Enfin nous verrons quel en est le sort lors de la liquidation. La femme doit-elle la restitution, par imputation sur sa part, des sommes qu'elle a reçues à ce titre ?

## CHAPITRE I

### Juridiction compétente pour accorder la pension alimentaire

---

La loi n'a pas permis au président d'accorder la pension alimentaire dès la première ordonnance, ne voulant pas qu'une décision aussi grave soit prise sans que le mari ait été entendu ou tout au moins cité; c'est en effet une condamnation, contenue en un titre exécutoire, qui va permettre à la femme, faute de paiement, de prendre des mesures conservatoires, notamment pratiquer une saisie-arrêt sur le salaire ou les appointements de son mari, et même de procéder à des actes d'exécution.

Mais cette pension peut être accordée par l'ordonnance de non-conciliation. C'est là une innovation de la loi de 1886.

« Il nous a semblé, dit M. Labiche dans son rapport,  
« que c'était une bonne mesure. Il faut remarquer  
« d'ailleurs que nous sommes ici en présence de la  
« deuxième ordonnance, c'est-à-dire l'époux deman-  
« deur étant présent et le défendeur toujours ap-

« pelé ; ajoutons que cette seconde ordonnance est  
« sujette à appel, et qu'enfin le cas échéant la  
« voie du référé est toujours ouverte. »

A partir du jour où le tribunal est saisi, c'est à lui qu'il appartient soit d'allouer la pension, soit de la supprimer ou d'en modifier le chiffre. Le juge des référés, selon l'opinion que nous avons adoptée, est également compétent en cas d'urgence, mais la demande de pension se présentera rarement avec un caractère d'urgence tel que le temps manque pour obtenir un jugement du tribunal.

Enfin, rappelons que la Cour d'appel peut avoir à statuer sur la pension dans deux cas :

D'abord comme juge du deuxième degré quand l'appel de l'ordonnance de non-conciliation ou d'un jugement du tribunal statuant sur la pension lui est déféré ;

En second lieu à raison de l'effet dévolutif de l'appel, quand elle est saisie de l'appel d'un jugement sur le fond, et qu'au cours de l'instance d'appel une demande de pension est formée devant elle ou une modification demandée à raison de circonstances nouvelles. Nous avons admis en effet que les demandes relatives aux mesures provisoires pouvaient être formées pour la première fois devant la Cour saisie du fond. Nous n'avons pas à revenir ici sur les motifs qui militent en faveur de cette opinion ; disons que la solution que nous avons adoptée s'im-

pose particulièrement pour la pension alimentaire qui a mission de pourvoir à des besoins essentiellement variables. La Cour de cassation a décidé en ce sens par un arrêt du 7 janvier 1901 (*Pand. fr.*, 1901-1406) que la pension pouvait être modifiée par la Cour statuant sur l'appel d'un jugement rendu sur le fond.

Quant au mode d'introduction de la demande relative à la pension, il n'y a pas de formes fixées : s'il s'agit de l'ordonnance de non-conciliation, la demande sera formulée dans la citation en conciliation, ou même oralement devant le président ; si l'instance est pendante devant le tribunal ou la Cour, la demande sera introduite par des conclusions ou encore par une assignation.

La pension peut être réglée à l'amiable entre les époux, soit que cet accord intervienne seulement entre eux et ne soit pas consacré par la justice, soit qu'une décision judiciaire le constate. Mais l'adhésion ainsi donnée par les deux époux ne change pas le caractère de la pension ; elle demeure susceptible de varier comme toute pension alimentaire, suivant les besoins du créancier et les ressources du débiteur. Un jugement du tribunal de la Seine du 3 mai 1890 (*Le Droit*, 30 mai 1890) déclare notamment, que l'ordonnance qui constate formellement l'accord des parties pour la fixation du chiffre de la pension, « constitue à l'égard de celles-ci un véritable contrat

« judiciaire qui doit être exécuté conformément à la  
« commune intention des parties et à leur situation au  
« moment où il a été conclu » ; et il en tire cette conséquence que si la femme, sans aucune ressource personnelle au moment de l'ordonnance, a par la suite recueilli un legs important, plus que suffisant pour lui permettre de subvenir à ses besoins, la pension n'a plus de raison d'être et le mari peut en refuser le paiement.

## CHAPITRE II

### Dans quels cas il y a lieu d'allouer une pension

---

Il faut poser en principe que le juge jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y a lieu d'allouer une pension et pour en fixer le montant. « Il a la faculté de statuer s'il y a lieu », dit l'article 238, et quoique l'article 240 n'établisse pas expressément la même faculté pour le tribunal, il n'est pas douteux qu'aucune différence ne doit être faite entre le président et le tribunal à ce point de vue, elle ne pourrait se justifier; et au surplus ce pouvoir discrétionnaire du juge est une règle générale pour toutes les pensions alimentaires.

Dans quelles circonstances le juge devra-t-il accorder à la femme une pension ? De quelles règles devra-t-ils'inspirer ? Voyons quelle va être l'influence des divers régimes matrimoniaux à cet égard :

Si la femme est mariée sous un régime matrimonial qui ne lui laisse la jouissance d'aucuns biens, par exemple, communauté légale, régime exclusif de communauté ou régime dotal s'il n'existe pas de

paraphernaux, il y aura lieu en principe à l'allocation d'une pension.

Si les époux, au contraire, sont mariés sous le régime de la séparation de biens ou sous le régime dotal avec paraphernaux, ou encore si la femme est mise à même par un moyen quelconque, notamment par suite des clauses de son contrat de mariage, de toucher elle-même ses revenus, le juge aura à examiner si les revenus de la femme sont suffisants pour lui permettre de vivre.

Mais il faut en outre faire application ici des principes généraux sur les pensions alimentaires et dire que la femme, quel que soit le régime sous lequel elle est mariée, n'aura pas droit à la pension si elle a des ressources personnelles; toutes les fois donc que même n'ayant pas de biens propres, elle exercera une profession, un commerce ou une industrie qui lui fournira les moyens de subsister elle ne sera pas recevable à demander une pension.

Comment va se régler le concours des différentes dettes alimentaires? Quand par exemple les père et mère de la femme seront en mesure de lui fournir tout ce qui lui est nécessaire, aura-t-elle cependant le droit de s'adresser à son mari pour lui réclamer une pension? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Durant le mariage c'est à son mari que la femme est le plus étroitement rattachée; l'obligation alimentaire du mari prime toutes les autres puis-

qu'elle fait partie de ce faisceau de droits et de devoirs, d'avantages et de charges qui constitue l'état de gens mariés. Du jour où la femme a quitté ses parents pour suivre son époux et où d'ordinaire ceux-ci lui ont fourni une dot destinée à contribuer à l'entretien du ménage, c'est aux époux de s'entr'aider mutuellement, et ils ne pourront recourir l'un et l'autre à leurs parents que si tous deux sont dans le besoin. C'est là un principe qui n'est écrit nulle part dans la loi, mais qui découle nécessairement de la nature des choses et de notre conception du mariage (1).

Y a-t-il une corrélation entre le droit de la femme à une pension alimentaire et l'habitation séparée ? En d'autres termes la femme peut-elle obtenir une pension alimentaire, même si elle continue à habiter au domicile conjugal ?

On décide généralement (1) qu'il n'y a pas lieu à pension dans ce cas, car le mari est obligé de recevoir sa femme et de lui fournir tout ce qui est nécessaire à sa subsistance en vertu de l'article 214 ; la pension prévue par les articles 238 et 240 répond

---

1. En ce sens Laurent, t. III, p. 258. — Coulon, t. IV, p. 288 — Carpentier, t. I, p. 225. *Contra* Alger, 10 décembre 1887. *Pand. fr.*, 88.2.160.

2. Curet, p. 125. — Depeiges, p. 47. — Coulon, t. IV, p. 285.

uniquement aux besoins d'une séparation provisoire.

Cette opinion ne nous paraît pas devoir être admise ; elle trouvait un appui avant la loi de 1886 dans l'article 268 du Code civil, qui paraissait faire de l'habitation séparée la condition du droit à une pension, et cependant, même sous l'empire de cette législation, on pouvait soutenir que la loi avait traité en même temps de la séparation provisoire et de la pension parce que les deux choses vont en général ensemble, mais sans intention de subordonner le droit à l'une à l'existence de l'autre. Quoi qu'il en soit, on ne peut tirer aucun argument semblable des articles 238 et 240 qui régissent actuellement la matière, et aucun texte ne donne à croire que le législateur ait entendu restreindre au cas d'habitation séparée le droit à une pension.

M. Coulon, reproduisant Massol dit qu'en restant au domicile conjugal la femme est censée reconnaître que le mari est disposé à supporter tous les frais du ménage. C'est donner à la conduite de la femme une signification, selon nous, bien inexacte. Le contraire serait plutôt vrai ; il arrivera que la femme restera au domicile conjugal parce qu'elle y trouve des aliments que son mari n'ose lui refuser et qu'elle craint, si elle quitte ce domicile, de ne pouvoir obtenir une pension, et surtout de ne pouvoir se la faire payer. D'ailleurs, en général, si la femme ne demande pas à quitter le domicile conjugal, ce sera pour des motifs d'un tout

autre ordre, par exemple désir de ne pas amener le dépérissement d'un fonds de commerce commun, à l'exploitation duquel elle contribue pour une grande part, crainte d'être séparée de ses enfants qu'elle ne veut pas abandonner, tenant à leur continuer ses soins, et peut-être même à les protéger contre les violences de leur père ; et il est bien injuste, étant donné ces motifs, de tirer contre la femme argument de ce qu'elle continue à demeurer avec son mari.

Il est possible que le mari lui refuse tout moyen de subsistance, ou bien elle a au domicile commun la nourriture mais le mari lui refuse tout argent ; la pension s'impose, quoique moins élevée, pour satisfaire à ses besoins personnels et particuliers (Garsonnet, *Tr. théor. et prat. de procédure*, t. VI, n° 1366).

D'ailleurs, les partisans du système que nous combattons font une concession qui nous paraît le détruire.

Ils décident que si la femme habitant avec son mari, ce dernier refusait de subvenir à ses besoins, la recevabilité de la demande ne pourrait plus être contestée. Mais nous ne voulons pas dire autre chose quand nous prétendons que le fait qu'il n'y a pas habitation séparée n'empêche pas le droit à une pension de naître ! Il est bien évident que si la femme habitant avec son mari, celui-ci subvient à tous ses besoins, elle ne saurait, même dans notre opinion, réclamer une pension qui ne répondrait à rien. Affir-

mer, comme le font nos adversaires, que la femme, quand elle habite avec son mari, n'a pas droit à une pension, sauf si son mari ne pourvoit pas à ses besoins, ou soutenir, comme nous le faisons, que le droit à une pension n'en existe pas moins quand la femme habite avec son mari, c'est en somme, étant donné que toute pension est subordonnée aux besoins de celui qui la demande, aboutir au même résultat en partant de principes différents.

S'il y a lieu pour le juge, au cas où la femme habitant au domicile conjugal demande une pension, d'examiner si le mari pourvoit à ses besoins, c'est que la demande n'est pas irrecevable par cela seul qu'il n'y a pas habitation séparée ; et alors que devient le principe de l'habitation séparée considérée comme condition *sine qua non* de l'obtention d'une pension pendant l'instance ?

Pour être logiques, les auteurs dont nous combattons l'opinion devraient décider que la femme dans ce cas agira en vertu de l'article 214 et non de l'article 238 qui prévoit uniquement, selon eux, le cas de la femme autorisée à résider séparément.

La femme a-t-elle également droit à une pension quand elle a quitté le domicile conjugal au cours de l'instance pour des causes légitimes mais sans se faire autoriser à résider séparément ?

Nous le pensons, mais afin que la femme n'élide pas ainsi indirectement la sanction de l'article 241,

le mari pourrait obtenir du juge l'indication du lieu où elle serait tenue de résider sous peine de ne point toucher les termes de sa pension. Il importe que le mari soit toujours mis à même d'exercer son droit de surveillance (1).

Mais quand une pension a été accordée à la femme sans qu'une résidence lui ait été attribuée, le mari ne saurait se prévaloir des dispositions de l'article 241 pour refuser la pension; alors que sa femme quitte le domicile conjugal (2).

La femme aura-t-elle droit à une pension, même si le mari est en faillite ?

Nous pensons que non : comme toutes les pensions alimentaires, celle qui nous occupe en ce moment ne peut être accordée que selon les ressources du débiteur. Or, le mari failli n'a plus aucune ressource ; il est dessaisi de l'administration de ses biens qui doivent être affectés uniquement à désintéresser, dans la mesure du possible, les créanciers antérieurs à la faillite. Comme nous supposons la femme réclamant une pension à son mari failli contre lequel elle plaide en divorce, sa créance naît donc postérieurement à la faillite. Tant que le mari était à la tête de ses biens, si obérée que fût sa situation, la femme avait droit à une pension ; il ne

---

1. Coulon, t. IV, p. 286.

2. Aix, 18 juillet 1894. *Pand. fr.*, 1895. 2. 23.

aurait en être de même à partir du jour de la déclaration de faillite.

Un arrêt de la Cour de Caen du 13 mars 1899 (*Pand. fr.*, 1900. 2. 213) a bien décidé que la pension servie par le mari à sa femme qui a obtenu le divorce ne peut être révoquée après la faillite du mari; qu'il ne pourrait en être ainsi que si la situation de l'épouse s'était modifiée. Mais outre que la pension avait été allouée antérieurement à la déclaration de faillite, il faut remarquer que la pension accordée après le divorce, en vertu de l'article 301, n'a pas les mêmes caractères que celle allouée pendant l'instance; c'est une sorte d'indemnité accordée à l'épouse qui a obtenu le divorce pour la dédommager du préjudice que lui cause son conjoint responsable de la rupture du lien conjugal.

L'article 474 du Code de commerce, il est vrai, dit que le failli pourra obtenir pour lui et sa famille, sur l'actif de la faillite, des secours alimentaires; mais autre chose sont ces secours accordés par le juge commissaire, et autre chose une pension alimentaire allouée par le tribunal civil. La pension ne peut être mise à la charge que d'une personne qui a des ressources; or l'insolvabilité du mari résulte manifestement de l'état de faillite.

La femme pourrait-elle tout au plus s'adresser elle-même au juge commissaire pour qu'une partie des secours alloués au mari lui soit versée directe-

ment à elle-même, ces secours, d'après la loi, étant destinés non seulement à la subsistance du mari, mais de sa famille (1).

Un dernier cas nous reste à examiner dans lequel la question se pose de savoir si la femme a droit à une pension : c'est celui où elle a une fortune nominalelement suffisante, mais ne produisant que des revenus minimes ? Pourra-t-on la forcer à vivre uniquement sur ses biens et pour ce faire à en aliéner ? Nous ne le croyons pas ; toute notre législation matrimoniale repose sur le principe de la conservation des propres, sur cette idée que la femme doit retrouver à la dissolution du mariage tous les biens qu'elle a apportés, et que ce sont seulement les revenus de ces biens qui, joints aux revenus des propres du mari et aux produits du travail des époux, doivent assurer la subsistance de ceux-ci. Or, comme nous avons déjà eu maintes fois l'occasion de le dire et comme nous aurons encore à le répéter, car c'est le principe qui doit nous guider pour résoudre toutes les questions naissant de l'instance en divorce, le mariage subsiste toujours et continue à produire tous ceux de ses effets qui ne sont point incompatibles avec le procès en cours.

C'est par suite au moyen des seules ressources qui

---

1. Conf. Trib. civil, Bazas, 23 janvier 1894. *Pand. fr.*, 95.2.56 et note.

en temps ordinaire seraient employées à la subsistance de la femme que doit être assurée cette subsistance pendant l'instance en divorce. Et nous en concluons que toutes les fois que les revenus des biens de la femme, quand elle les touche, sont insuffisants à la faire vivre ou plus exactement à lui procurer une existence conforme à son milieu social, elle est fondée à réclamer une pension quelle que soit l'importance de sa fortune.

Ajoutons en terminant que la femme n'a besoin d'aucune autorisation ni de son mari ni de justice pour former au cours de l'instance une demande de pension. L'article 238 § 4 décide en effet que par l'ordonnance de non-conciliation elle est autorisée « à faire toutes procédures pour la conservation de « ses droits, et à ester en justice jusqu'à la fin de « l'instance ». L'autorisation d'ester en justice, c'est-à-dire de suivre la demande principale, emporte évidemment celle de solliciter les mesures provisoires que la loi a prévues pour la durée de l'instance.

## CHAPITRE III

### Détermination du chiffre de la pension

---

Pour déterminer le montant de la pension, le juge doit tenir compte, selon la règle générale pour les pensions alimentaires, et des besoins du créancier et des facultés du débiteur.

Les besoins de la femme créancière seront essentiellement variables ; ils dépendent de la situation sociale des époux, des exigences et du confort de la vie que la femme a coutume de mener. La pension se réduira donc dans certains cas aux aliments nécessaires à l'existence, alors qu'à l'inverse elle pourra, dans d'autres cas, comprendre des sommes destinées à faire face à des dépenses qui ne seront nullement de première nécessité.

Un arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 1869 (D. 70.1.106) a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Aix du 9 août 1868, accordant une pension de 2.500 francs par mois à une femme en instance de séparation de corps, qui avait la libre

jouissance de revenus paraphernaux s'élevant à 50.000 francs par an.

Il est intéressant de rappeler les conditions dans lesquelles est intervenu cet arrêt.

Un jugement du Tribunal de Marseille, confirmé par adoption de motifs par la Cour d'Aix, avait condamné le mari à payer à sa femme demanderesse en séparation de corps une pension mensuelle de 2.500 francs, tout en donnant acte à la femme de ce que son mari offrait de lui abandonner ses revenus paraphernaux dépassant 50.000 francs par an.

Les juges du fait se fondaient d'abord sur ce qu'« en  
« pareille matière les tribunaux doivent apprécier  
« les besoins de la partie demanderesse et les facultés de celle qui est débitrice ; que ces deux termes  
« sont corrélatifs, et que les besoins varient suivant  
« la position sociale et les dépenses auxquelles la  
« femme a été habituée par la fortune et l'état de  
« maison de son mari ». Cela est très exact ; c'est l'affirmation du principe que nous étudions. Mais le tribunal donnait également ce motif :

« Que lors même que la femme aurait en propre  
« les revenus suffisants pour faire face pendant le  
« procès à toutes les dépenses nécessaires pour son  
« alimentation, son habitation et son entretien personnel, le mari défendeur en séparation ne devrait  
« pas moins être tenu de contribuer à ces dépenses  
« dans une certaine limite, parce que le lien du

« mariage et les obligations qui en naissent subsistent toujours. »

Le tribunal déclare donc que, quelle que soit l'importance des revenus de la femme, quand bien même ils seraient plus que suffisants pour faire face à tous ses besoins appréciés très largement, le mari n'en est pas moins tenu en vertu des obligations dérivant du mariage de contribuer aux dépenses de la femme. C'est là une doctrine tout à fait erronée. Quel serait le fondement de cette pension ainsi fournie à la femme ? Et surtout quel en serait le sort lors de la liquidation ? si elle doit avoir un caractère provisionnel et être remboursée par la femme, à quoi bon lui faire toucher pendant l'instance une pension dont elle n'a nul besoin ? Et d'autre part, comment dire que cette pension sera considérée comme alimentaire et acquise à la femme, alors que celle-ci a la jouissance de revenus largement suffisants pour subvenir à ses besoins ? La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en se basant sur ce que les juges du fond, en allouant à la femme une pension de 2.500 francs par mois à titre de provision pendant le litige, avaient implicitement déclaré que dans leur conviction, les revenus propres de la femme étaient insuffisants, eu égard aux besoins appréciés d'après la situation sociale et la fortune des époux, et sur ce qu'une telle décision ainsi motivée ne contenait qu'une appréciation de fait.

La Cour de cassation se borne donc à affirmer que le juge du fond est souverain appréciateur des besoins de la femme eu égard à la situation sociale. Mais elle a soin de déclarer qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le motif formulé subsidiairement par les décisions attaquées, et elle le condamne même, puisqu'elle dit que la question à résoudre était de savoir « si les revenus paraphernaux suffisaient à la femme « ou s'il convenait de lui attribuer une pension à « titre provisionnel ».

C'est donc au juge qu'il appartient d'apprécier dans chaque espèce les besoins de la femme et de fixer en conséquence le chiffre de la pension.

Bien entendu il conviendra de faire entrer en ligne de compte, pour diminuer d'autant le montant de la pension, les sommes que la femme touchera à un titre quelconque : revenus de ses biens personnels, produits de son travail ou de son industrie, pensions servies par des tiers ; c'est avant tout sur ses ressources personnelles que la femme doit vivre et c'est seulement à défaut de ressources personnelles qu'elle peut s'adresser à son mari. De même le juge devra prendre en considération toute circonstance de nature à amoindrir les charges de l'existence de la femme, comme si la femme a, du consentement du mari, la résidence gratuite dans un immeuble dépendant de la communauté (1).

---

1. Trib. civ., Bruxelles, 11 juillet 1884.

A l'inverse toute charge supplémentaire incombant à la femme entraînera la fixation d'une pension plus élevée. Nous verrions notamment une application à faire de cette idée dans le cas où la femme entretient dans sa résidence séparée des enfants issus d'un précédent mariage. Il y a là une charge qui dérive pour la mère de l'article 203 du Code civil, et qui crée pour elle une nécessité aussi grande que celle résultant de sa subsistance et de son entretien personnels ; la pension doit la mettre à même d'y faire face.

La pension, si elle doit être proportionnée aux besoins du créancier, doit l'être également aux facultés du débiteur. Le juge devra tenir compte de tous les revenus que tire le mari des biens dont il a la jouissance, qu'il s'agisse des biens de communauté, des biens de son conjoint ou de ses biens personnels. Il devra prendre également en considération les ressources qui adviennent au mari d'une industrie, d'un commerce ou d'un emploi. Tel mari n'ayant pas de fortune personnelle, mais occupant une situation lucrative, pourra être tenu de servir à sa femme une pension importante. Si même le mari n'a aucun bien, comme ce sera souvent le cas dans les ménages d'ouvriers, et n'a d'autres ressources que les gains résultant de son travail, c'est eu égard à ces gains que sera fixée la pension.

Ajoutons en terminant sur ce point que le chiffre

de la pension n'est jamais définitif, il est soumis à de perpétuelles variations comme les besoins de la femme et les facultés du mari ; ce caractère provisoire est commun à toutes les pensions alimentaires et également à toutes les mesures prises pour régler la situation de la femme au cours de l'instance en divorce.

## CHAPITRE IV

A partir de quel moment et jusqu'à quel moment  
la pension devra être payée

---

A quel moment le juge pourra-t-il fixer le point de départ de la pension ? Ne pourra-t-il condamner le mari à la servir qu'à partir du jour où elle aura été demandée en justice par la femme : c'est-à-dire, s'il s'agit du président conciliateur, à partir du jour de la citation en conciliation si elle a été réclamée dans cette citation, ou seulement du jour de l'ordonnance de non-conciliation si la demande n'en a été formulée qu'oralement devant lui ; et s'il s'agit du tribunal, à partir de la date des conclusions par lesquelles la femme l'a demandée ?

Nous ne le pensons pas. Sans doute le juge ne peut assigner comme point de départ de la pension une date antérieure à la séparation provisoire, parce que c'est à ce moment seulement qu'ont pris naissance les besoins auxquels la pension a mission de pourvoir. Mais il appartient au juge de fixer, postérieurement à cette époque, la date à laquelle la nécessité

de la pension s'est fait sentir et a créé pour le mari l'obligation de la servir. La femme, par exemple, a pu contracter des dettes alimentaires, et la pension servira à les acquitter.

Le moment où la pension est demandée n'en constitue donc nullement le point de départ nécessaire, le juge a tout pouvoir pour fixer le point de départ de la pension sous la réserve indiquée.

Mais s'il ne l'a pas fait, s'il s'est borné à condamner le mari à servir à sa femme une pension mensuelle de telle somme, quel en va être le point de départ ?

Ce ne pourra être que la date de la décision qui l'accorde ; sans doute les besoins de la femme et par suite le droit à la pension seront toujours nés antérieurement à cette date ; mais toute autre fixation serait arbitraire. Ce sera à la femme de préciser devant le juge l'époque à partir de laquelle elle croit avoir droit à une pension, de manière à ce que le juge statue sur ce point.

Quel sera le point d'arrivée de la pension ? Jusqu'à quel moment sera-t-elle due ?

Au cas de rejet de la demande, jusqu'au jugement qui prononce ce rejet ; et dans ce cas la pension ne peut plus être réclamée par la femme pour le passé, le mari est simplement tenu comme chef de la communauté de payer les frais de subsistance et d'entretien de la femme pendant l'instance. Il n'est donc obligé qu'envers les fournisseurs de la femme qui peuvent

s'adresser à lui pour le paiement de leurs avances (1).

Si au contraire la demande est accueillie et que le jugement qui prononce le divorce ne fixe pas la durée de la pension, elle sera due en principe jusqu'à la liquidation des droits respectifs des parties, car c'est à ce moment seulement que la femme reprend la disposition de ses biens et a ainsi des ressources (2).

Il y a lieu cependant de faire une réserve : si la femme n'a aucuns biens personnels et ne doit retirer aucun émolument de la liquidation, la pension n'apparaît plus comme une avance consentie à la femme sur ses biens, elle présente un caractère alimentaire, et est due comme conséquence des devoirs du mariage ; il faut en conclure qu'elle cesse avec ces devoirs à compter de la transcription qui rend le divorce définitif. Nous aurons d'ailleurs à revenir ultérieurement sur ce point (3).

---

1. Paris, 8 mars 1890. D. 1891. 2. 131.

2. Paris, 21 avril 1894. *Gaz. du Palais*, 30 mai 1894 ; Orléans, 25 novembre 1898. D. 1902. 2. 156.

3. V. chap. VI. « Imputation de la pension lors de la liquidation ».

## CHAPITRE V

### Du paiement de la pension Mesures destinées à assurer ce paiement

---

#### I

La pension sera en général fournie sous forme d'une somme d'argent que le mari sera tenue de verser à sa femme par mois ou par trimestre.

M. Carpentier (t. I, p. 226), dans le but d'éviter les rencontres entre époux, estime qu'il pourra paraître préférable ordinairement de décider que la pension sera payée d'avance en une seule fois, et non par quartiers et à des échéances déterminées. Cette opinion ne peut être admise : outre qu'on ne peut prévoir la durée du procès, le mari sera presque toujours dans l'impossibilité de fournir en une seule fois, et dès le début de l'instance, la somme nécessaire puisque c'est avec ses revenus qu'il assure le service de la pension. En outre une pension alimentaire n'est due qu'au fur et à mesure des besoins du créancier et il est contraire tout à la fois au fondement et au

but de la pension de mettre ainsi à la disposition de la femme une somme importante dont l'allocation peut apparaître par la suite comme injustifiée à raison de circonstances nouvelles. Quant aux inconvénients résultants des paiements fréquents à raison des rencontres entre époux, il suffit pour les éviter que le versement de la pension ait lieu par l'intermédiaire de tierces personnes ; les avoués en cause paraissent tout désignés à cet effet et c'est d'ailleurs ainsi que les choses se passent dans la pratique.

Nous avons dit que la pension sera d'ordinaire fournie en espèces, mais rien ne s'oppose à ce qu'elle soit fournie en nature. La loi n'exige qu'une chose : que la femme soit en possession de ce qui est nécessaire pour sa subsistance.

## II

La pension alimentaire comme toutes les provisions alimentaires adjugées par justice est insaisissable en vertu de l'article 581 du Code de procédure civile, sauf pour cause d'aliments (art. 582).

Mais la jurisprudence et la majorité des auteurs admettent avec raison qu'elle est cessible, car « quand « l'article 581 du Code de procédure civile déclare « insaisissables les sommes et pensions pour aliments, il résulte bien de ses dispositions que l'on

« ne peut être privé de ces pensions malgré soi, mais  
« non pas que l'on soit dans l'incapacité d'en dispo-  
« ser, ni que la cession qui en a été librement con-  
« sentie soit nulle. » (1).

### III

Il ne suffit pas qu'une pension soit allouée à la femme par le juge ; il faut que celle-ci en obtienne le paiement. Or le débiteur de la femme est son adversaire dans l'instance et, soit qu'il voit là un moyen de lasser sa femme et de la faire renoncer à sa demande, soit qu'il agisse simplement par esprit de tracasserie et de vexation, le mari se refusera fréquemment, bien qu'en ayant les moyens, à acquitter la pension. Par quels moyens la femme pourra-t-elle triompher de sa mauvaise volonté ?

La condamnation au paiement de la pension prononcée contre le mari permet à la femme de se prévaloir de toutes les prérogatives attachées à un titre exécutoire. On ne saurait objecter le caractère provisoire de la décision accordant la pension ; la créance résultant de la condamnation est certaine. Elle existe indépendamment du bien ou mal fondé de la demande au fond, et malgré l'incertitude qui plane sur l'issue

---

1. Cass. 1<sup>er</sup> avril 1844. S. 1844. 1. 469.

de l'instance. C'est le fait même du procès qui y donne naissance, la nécessité où se trouve la femme de subsister pendant ce procès quels que soient ses torts ou ceux de son mari. La créance de la femme est donc, dans la mesure des termes échus, une créance comportant les droits et moyens d'exécution attachés à toutes les créances.

Dès lors on doit reconnaître à la femme le droit de pratiquer en vertu de son titre des saisies-arrêts (1), ou des saisies-exécutions, sauf aux tribunaux à empêcher que la femme ne se livre à des poursuites vexatoires ; ils pourront notamment selon les circonstances de la cause restreindre ou lever la saisie (2).

Nous ne voyons pas non plus de bonne raison pour refuser à la femme la garantie résultant de l'hypothèque judiciaire.

Ce dernier point a été contesté, en ce qui concerne la pension allouée par le président, par un jugement du tribunal de la Seine du 1<sup>er</sup> février 1894 (*Le Droit*, 29 et 30 octobre 1894), qui se borne à alléguer que « la décision du président accordant une pension ne  
« peut à raison de son caractère essentiellement pro-  
« visoire être assimilée à un jugement emportant

---

1. Trib. de la Seine, 24 mars 1891, *Gaz. des Trib.*, 21 avril 1891 ; 8 mai 1896, *Gaz. des Trib.*, 24 septembre 1896.

2. Roger. *Tr. de la saisie-arrêt*, n° 201.

« condamnation ni à aucun des actes auxquels les « articles 2117 et 2123 du Code civil attribuent seuls « le pouvoir de conférer l'hypothèque judiciaire ». Mais qu'importe le caractère provisoire ? Qu'importe que dans l'avenir, par suite de circonstances nouvelles la pension puisse être diminuée ou même supprimée ? Actuellement elle est due, et c'est une créance particulièrement intéressante à raison de son caractère alimentaire. Pourquoi dès lors lui refuser les garanties accordées à toute créance constatée par un titre exécutoire ?

#### IV

Ces droits et garanties, résultant de la loi et existant par le fait seul de la condamnation, ne sont pas les seuls moyens à la disposition de la femme pour se faire payer sa pension. Le tribunal peut, en effet, en allouant la pension, prescrire les mesures qui lui paraissent utiles pour en assurer le service. Ces mesures sont urgentes et rentrent dans celles que le tribunal a le pouvoir d'ordonner en vertu de l'article 240 (Vraye et Gode).

On peut voir dans la jurisprudence une tendance de plus en plus accentuée à assurer aussi efficacement que possible le paiement de cette pension. La jurisprudence a fait ici application d'une théorie plus

générale, qui paraît être née à propos de la pension servie après la séparation de corps ou le divorce, et qui peut se formuler ainsi : toute obligation *ex lege* doit pouvoir être garantie par le juge ; toutes les fois qu'il s'agit d'une obligation établie par la loi, dette alimentaire ou pension due par un époux à l'autre en cas de divorce ou de séparation de corps, les tribunaux peuvent en assurer l'exécution par des mesures spéciales. C'est qu'en effet la loi qui veut la fin veut aussi les moyens, elle laisse aux juges la liberté d'apprécier et de décider suivant les circonstances, et aucun texte ne s'oppose à ce qu'ils enlèvent au débiteur l'administration d'une partie de sa fortune si cette mesure est nécessaire pour l'exécution du jugement. De même que lorsqu'une obligation naît d'un contrat, le créancier peut stipuler des sûretés, de même si le devoir, l'obligation résulte de la loi, « le juge, parlant pour celui qui « trouve son recours dans la loi, doit pouvoir assurer « la sanction du droit. En vain, dira-t-on que la loi a « gardé le silence sur ce point ; puisqu'elle crée une « obligation, elle en veut l'exécution, et si cette « exécution paraît douteuse ou menacée, la préoccupation du juge doit se porter sur cette éventualité, comme le ferait un créancier ordinaire pour « la défense de ses intérêts » (1).

---

1. Rapport de M. le conseiller Denis. Cass., 2 déc. 1895. D. 96. 1. 321.

La Cour de cassation a fait de nombreuses applications de cette théorie, notamment à la pension allouée après séparation de corps (1).

Sans entrer dans la discussion de cette doctrine qui a soulevé d'assez vives critiques (2), nous sommes tout disposé à approuver une jurisprudence qui, sans violer aucun principe ni aucun texte de loi, apparaît en pratique et dans bien des cas comme utile et bienfaisante.

S'il nous paraît que dans certaines circonstances la jurisprudence a poussé trop loin les conséquences de son système et exagéré outre mesure les droits des tribunaux (3), nous devons dire que les applications qu'elle en a faites à notre matière nous semblent particulièrement fondées.

C'est ainsi que la femme a été autorisée à toucher elle-même pour assurer le paiement de la pension à elle allouée pendant l'instance les intérêts de contrats déterminés (4) ou encore à toucher sur ses simples quittances les revenus de ses immeubles (5).

---

1. V. notamment Cass., 2 déc. 1895 précité et Cass., 3 janvier 1900. D. 1900. 1. 401.

2. V. note de M. Tissier sous Cass., 2 déc. 1895 précité.

3. Notamment dans les arrêts déjà cités des 2 déc. 1895 et 3 janvier 1900.

4. Bordeaux, 18 février 1902. Rec., Bordeaux, 1902. 1. 210.

5. Trib. civ. de la Seine, 14 février 1898. *Gaz. des Trib.*, 12 juillet 1898.

La Cour de Paris par un arrêt du 28 mars 1901 (*Gaz. des Trib.*, 8 nov. 1901) et la Cour de Nancy par un arrêt du 17 janvier 1903 (*Rec.*, Nancy, 1903, 123) ont décidé qu'un séquestre pouvait être nommé, pendant l'instance, des propres de la femme pour sauvegarder ses droits et assurer le paiement de la pension mensuelle que son mari a été condamné à lui servir.

La Cour de Paris prend soin d'affirmer que pendant l'instance les juges ne peuvent d'une façon générale et absolue dépouiller le mari de son droit d'administration pour en investir un tiers. Et cela est très vrai. Mais si le mari ne peut être dépossédé complètement de la qualité et des droits qu'il tient de la loi, il doit être permis aux juges à raison du procès en cours et des nécessités qu'il crée d'apporter des restrictions à ces droits dans la mesure où cela leur paraît commandé par l'intérêt de la femme. Nous avons eu déjà plusieurs fois l'occasion d'indiquer, au cours de cette étude, que l'autorité maritale et les pouvoirs du mari comme chef ne devaient plus s'imposer avec la même force pendant l'instance et qu'il fallait prendre également en considération les droits de la femme. Si en effet le mariage subsiste toujours il n'y a plus d'affection entre les époux et les abus de pouvoir du mari sont bien plus à craindre, en même temps que l'autorité maritale apparaît désormais comme beaucoup moins fondée.

En résumé les tribunaux jouissent d'un pouvoir discrétionnaire pour ordonner, selon les nécessités variables de chaque affaire, et en respectant autant que possible les pouvoirs du mari comme chef, les mesures qui leur paraissent nécessaires pour assurer le paiement de la pension.

Mais là s'arrêtent leurs droits et il ne dépend pas d'eux de créer contre le mari qui n'exécute pas son obligation de payer la pension, des déchéances non prévues par la loi, si justes pourraient-elles paraître. C'est ainsi que la principale obligation de la femme, l'obligation de résidence, a pour sanction, nous l'avons vu, la non-recevabilité à continuer les poursuites. Il serait équitable que par voie de réciprocité l'obligation du mari de fournir la pension eût la même sanction. Mais aucun texte ne le prescrit et l'interprétation restrictive de l'article 241 s'impose puisqu'il s'agit de déchéance.

C'est donc à bon droit que plusieurs décisions judiciaires ont reconnu qu'il n'existe aucune déchéance du droit de poursuivre l'instance à l'encontre du mari qui ne paie pas à sa femme la pension alimentaire allouée à celle-ci (1).

---

1. Nîmes, 17 juin 1889. S. 89.2.156 ; La Réunion, 13 août 1898, *Le Droit*, 15 oct. 1898 ; trib. civ., Angers, 1<sup>er</sup> février 1898. *Rec.*, Angers, 98.36. Dans ce sens, Huc, t. II, p. 375.

V

Une question spéciale mais très intéressante se pose dans l'ordre d'idées où nous nous trouvons actuellement des droits et garanties appartenant à la femme en instance de divorce pour le paiement de sa pension.

La créance alimentaire établie par les articles 238 et 240 constitue-t-elle une créance privilégiée échappant au principe de l'incessibilité et de l'insaisissabilité des pensions des militaires?

Aux termes des lois du 11 avril 1831, article 28, pour l'armée de terre, et du 18 avril 1831, article 30, pour l'armée de mer, il est fait exception au double principe de l'incessibilité et de l'insaisissabilité des pensions de retraite, « dans les circonstances prévues « par les articles 203 et 205 du Code Napoléon ». Donc ces deux lois n'ont eu en vue que la dette alimentaire du pensionné envers ses parents ou ses enfants.

Dès lors, une double question se pose pour notre cas : tout d'abord, faut-il étendre à l'obligation alimentaire entre époux, consacrée d'une manière générale par l'article 214, l'exception établie par les lois précitées au profit des dettes alimentaires envers les enfants (art. 203) et les parents (art. 205) seules mentionnées expressément.

Ensuite une deuxième difficulté se présente : en admettant que la dette alimentaire entre époux de l'article 214 doive être assimilée aux dettes alimentaires des articles 203 et 205, doit-il en être ainsi même lorsque cette dette alimentaire entre époux n'est plus celle résultant de l'article 214, mais que les époux étant en instance de divorce, c'est en vertu des articles 238 et 240 que la femme réclame des aliments à son mari ?

Le premier point ne paraît pas avoir soulevé de grandes difficultés. Les auteurs qui ont étudié la question (1) admettent sans hésitation l'affirmative : se fondant sur ce que les motifs qui ont fait déroger à la règle de l'insaisissabilité pour les cas des articles 203 et 205, existent aussi impérieux dans le cas de l'article 214, ils étendent à ce dernier article l'exception établie pour les premiers. C'est en ce sens que s'est prononcé un arrêt de la Cour de Toulouse, du 18 janvier 1840 (2) :

« Attendu, y est-il dit, que la dette envers la femme est aussi sacrée que celle envers les parents et les enfants ». C'est exact selon nous, et nous nous rallions à cette opinion, mais nous estimons qu'il y

---

1. Coulon, t. IV, p. 293. Smets. *Rec. sur le divorce*, année 1887, p. 22.

2. Rapporté dans Dalloz. *Répertoire*. V. *Pension*, n° 204, note 5.

aurait eu de sérieuses raisons de douter, et que cette assimilation de l'article 214 aux articles 203 et 205 pourrait être bien plus sérieusement contestée que l'assimilation des articles 238 et 240 à cet article 214. Nous faisons cette remarque parce que nous allons voir ces mêmes auteurs, qui pensent avec nous que le principe de l'insaisissabilité fléchit devant la dette alimentaire de l'article 214, ne pas vouloir admettre la même exception en faveur de celle des articles 238 et 240, qui n'en est pourtant qu'une application.

Nous disons que l'assimilation de l'article 214 aux articles 203 et 205 pourrait être mise en doute : et, en effet, tout d'abord il s'agit d'étendre par identité de motifs deux exceptions à un principe particulièrement rigoureux posé par la loi or, les exceptions sont de droit étroit.

Et puis, est-il bien sûr que l'oubli des lois de 1831 soit involontaire ? Peut-on affirmer d'une manière certaine que la dette alimentaire envers la femme soit apparue au législateur de 1831 comme présentant un caractère aussi sacré que la dette envers les parents et les enfants ? Sans doute le Code civil a établi la dette alimentaire entre époux en termes aussi impératifs qu'entre parents et enfants, et de plus en plus, dans nos mœurs comme dans notre législation (loi du 9 mars 1891), nous voyons se développer l'idée que la femme fait partie de la famille au même titre que tous les parents du sang, et aucune

conception, disons-le en passant, ne nous semble plus exacte. Mais outre que nos lois contiennent encore beaucoup de vestiges de l'antique conception romaine de la femme étrangère à la famille de son mari, où en était cette évolution en 1831 ? Ne serait-il pas permis de penser que le législateur de 1831 posant un principe : celui de l'insaisissabilité des pensions des militaires, principe qu'il voulait maintenir aussi absolu que possible, ait cru ne pouvoir cependant faire autrement que d'y introduire deux exceptions en faveur des enfants et des père et mère du pensionné, mais n'ait pas considéré que l'exception que nous admettons aujourd'hui en faveur de l'épouse s'imposait avec la même force ?

Nous n'avons pas pour but, en émettant ces idées, de nous opposer à l'assimilation des articles 203 et 205 d'une part et de l'article 214 d'autre part au point de vue qui nous occupe, et de fournir des arguments contre le système que nous avons adopté et qui malgré tout nous paraît s'imposer aujourd'hui. Nous avons voulu seulement indiquer par ces quelques considérations qu'à notre sens, des deux difficultés que l'on rencontre pour faire bénéficier les articles 238 et 240 de la même faveur que les articles 203 et 205, la première est de beaucoup la plus importante, quoique les auteurs ne s'y soient guère arrêtés ; tandis que nous allons voir que la deuxième les a au con-

traire déterminés à refuser cette faveur à l'obligation des articles 238 et 240.

Etant donc admis que le principe de l'insaisissabilité, dans la mesure où il y est fait exception par les lois de 1831 pour les obligations nées des articles 203 et 205, fléchit également pour l'obligation de l'article 214, doit-on par voie de conséquence adopter la même solution pour l'obligation des articles 238 et 240 ? M. Smets se prononce ici pour la négative. La situation selon lui n'est pas la même dans les deux cas : l'article 214 prévoit un ménage uni, une femme habitant avec son mari ; l'obligation alimentaire résulte des sentiments d'affection que les époux ont l'un envers l'autre. Il n'en est plus du tout de même en cas de divorce ; l'obligation alimentaire est plutôt fondée sur une idée d'humanité. Dans ces conditions il ne paraît pas possible d'étendre à l'article 238 une exception qui a été écrite pour les articles 203 et 205.

Nous croyons au contraire que cette extension s'impose. Quel est donc le but de l'article 238 ? Ce n'est pas du tout, selon nous, de créer, en se fondant sur une idée d'humanité, une obligation alimentaire à la charge du mari dans une situation où il ne saurait plus être question d'appliquer l'article 214. Les époux sont toujours mariés, le lien qui les unit existe toujours et ne sera peut-être jamais rompu. Mais ils sont en désaccord ; une instance en divorce

est pendante entre eux ; en conséquence la femme ne saurait continuer à habiter le domicile commun, et la loi lui permet de se faire attribuer une résidence séparée. Or l'article 214 semble faire de l'obligation du mari de subvenir aux besoins de sa femme le corollaire, la contre-partie de l'obligation pour la femme d'habiter avec lui. On aurait pu être tenté de conclure que, l'obligation de la femme cessant, celle du mari doit disparaître également, c'est pour cela que l'article 238 intervient pour maintenir, même pendant l'instance en divorce, l'obligation d'assistance.

Désormais, au lieu de subvenir aux besoins de la femme au domicile conjugal, c'est sous forme d'une pension que le mari s'acquittera de l'obligation d'assistance ; mais en réalité il n'y a pas là une nouvelle obligation alimentaire établie par la loi dans une situation différente et sans rapport avec celle de l'article 214. C'est uniquement le prolongement de l'obligation de l'article 214 et son application à une situation juridiquement la même, quoique les circonstances de fait aient changé.

Cela est si vrai que, même si les articles 238 et 240 n'existaient pas, la femme pourrait, à notre avis, réclamer à son mari, pendant l'instance, des aliments en vertu de l'article 214.

L'obligation alimentaire n'a pas disparu, elle se manifeste seulement sous une forme différente.

C'est en ce sens qu'un jugement du tribunal de Bruxelles, en date du 20 novembre 1886, a étendu à l'obligation résultant de l'article 268 du Code civil, toujours en vigueur en Belgique, et remplacé chez nous par les articles 238 et 240, l'exception, formellement établie d'ailleurs par l'article 25 de la loi belge du 23 mai 1838, pour le cas de l'article 214, à l'insaisissabilité des pensions militaires.

Le tribunal dit que l'article 268 ne faisant que rappeler et maintenir les principes posés dans l'article 214, il y a lieu d'étendre à l'article 268 l'exception prévue par l'article 25 de la loi du 24 mai 1838.

M. Smets, critiquant cette décision, dit que l'article 268 rappelle et maintient si peu les dispositions de l'article 214, que tandis que cet article fait de la cohabitation une obligation légale, l'article 268 délie la femme de cette obligation. Nous répondrons que si, en effet, l'article 268 se bornait à dispenser la femme du devoir de cohabitation, il dérogerait complètement à l'article 214 ; mais en même temps il prend soin de décider que l'obligation du mari de nourrir et entretenir sa femme subsiste dans son entier malgré la séparation d'habitation. C'est bien dire qu'au point de vue des aliments à fournir à la femme, les devoirs du mari restent les mêmes pendant l'instance, sauf bien entendu cette différence que le mari fournira les aliments sous forme d'une pension, au lieu de les fournir en nature au domicile

conjugal. Mais c'est là un simple changement dans le mode d'exécution de l'obligation qui reste le même.

De même que l'obligation de la femme de résider avec son mari s'est transformée en l'obligation de résider au lieu indiqué par le juge, de même l'obligation pour le mari de subvenir aux besoins de la femme au domicile conjugal s'est transformée en celle de lui fournir une pension qui assure sa subsistance dans son domicile séparé. Comment ! ce serait seulement pour des raisons de convenance et d'humanité que ce mari qui par sa mauvaise conduite a mis sa femme dans la nécessité de demander le divorce, qui, d'autre part, détient les revenus de celle-ci, serait obligé de lui faire une pension ! Mais le fondement de l'obligation est pour nous très simple, c'est que les époux sont toujours mariés, qu'ils se doivent encore secours et assistance, de même notamment qu'ils se doivent fidélité. Cette obligation de fidélité aussi est fondée sur une idée d'affection, mais il ne viendrait à l'idée de personne de dire que par l'introduction de l'instance, preuve de désaffection, elle va disparaître ou qu'il va falloir lui chercher un autre fondement.

D'ailleurs, nous ne voyons pas en quoi la créance alimentaire de l'article 238 est moins intéressante et moins digne d'être sanctionnée que la créance alimentaire générale. Supposons une femme que son mari abandonne, elle lui réclame une pension lui per-

mettant de subvenir à ses besoins, pour cette pension il y a exception à l'insaisissabilité. Elle demande le divorce, la pension qu'elle va obtenir ne jouira plus de la même faveur.

Un jugement du tribunal civil d'Albi du 3 mai 1899 (*Gaz. des Tribunaux*, 1<sup>er</sup> juillet 1899) a décidé avec raison que la femme d'un militaire retraité peut saisir-arrêter, jusqu'à concurrence du tiers (c'est la mesure dans laquelle, aux termes des lois de 1831, les pensions sont saisissables) la pension de son mari, pour avoir paiement de la pension alimentaire à elle accordée pour la durée d'une instance en séparation de corps ou divorce.

Certaines décisions judiciaires ont même fait bénéficier de l'exception à l'insaisissabilité les pensions alimentaires allouées à la femme séparée de corps ou divorcée (1).

Enfin nous citerons un jugement du tribunal civil de Boulogne-sur-Seine du 30 juillet 1903 (*Le Droit*, 18 octobre 1903) qui, quoique rendu dans des circonstances un peu différentes de celles où nous sommes placé, contient des motifs intéressants pour nous. D'une part il s'agissait, non pas de pensions de militaires, mais de salaires de gens de mer déclarés insaisissables par une ordonnance du 1<sup>er</sup> novem-

---

1. Trib. de Caen, 27 juillet 1891. P. 1893. 2. 217; Trib. de Tunis, 12 novembre 1894. *Gaz. trib.*, 27 janv. 1895.

bre 1745, et d'autre part la saisie-arrêt avait été pratiquée pour avoir paiement d'une pension alimentaire après divorce. Bien que cette pension allouée en vertu de l'article 301 ait un caractère différent de celle des articles 214 et 238, puisque dans l'opinion la plus généralement admise elle est considérée comme une sorte d'indemnité, les motifs du jugement n'en sont pas moins intéressants :

« Attendu qu'aux termes, tant du jugement du  
« tribunal de ce siège en date du 16 juillet 1897  
« que principalement de l'arrêt de la Cour de cassation, chambre civile, en date du 28 novembre  
« 1900 ; « si l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1745 a  
« déclaré insaisissables les salaires des marins et  
« gens de mer, l'insaisissabilité édictée par cette ordonnance et maintenue... ne saurait être invoquée  
« contre les engagements qui ne procèdent pas de  
« la volonté du marin, mais qui comme les obligations nées du mariage ont leur source dans un  
« principe supérieur d'ordre public et dérivent directement et immédiatement de la loi elle-même ».

« Attendu que les termes de l'article 250 du décret  
« du 11 août 1856 sont énonciatifs et non limitatifs ;  
« que l'article 301, en édictant que les juges pour-  
« raient en des cas spécifiés allouer à l'époux qui a  
« obtenu le divorce une pension alimentaire, a bien  
« créé à la charge de l'autre époux une obligation  
« qui en dehors de celles énoncées aux articles 203,

« 205 et 214 du Code civil, est manifestement née  
« du mariage.

« Attendu dès lors qu'en l'espèce B... doit être  
« déclaré mal fondé à se prévaloir de l'insaisissabi-  
« lité de ses salaires. »

Des motifs de ce jugement, qui sont pour partie empruntés à un arrêt de la Cour de cassation, semble donc se dégager cette affirmation, que l'insaisissabilité des salaires des marins n'a été établie que pour les prémunir contre les conséquences des engagements qu'ils pourraient contracter, et ne doit pas avoir pour résultat de leur permettre de se soustraire aux obligations dérivant directement et immédiatement de la loi ; que toutes les fois donc qu'une obligation a ainsi sa source dans la loi le principe de l'insaisissabilité doit être écarté. Et il n'est pas douteux que si cette théorie doit être admise pour les salaires des marins, on doit l'appliquer aussi aux pensions insaisissables des militaires.

La jurisprudence va donc beaucoup plus loin que nous, mais par suite elle admet, *a fortiori*, notre opinion sur l'insaisissabilité des pensions des militaires ; que ces pensions peuvent être saisies pour avoir paiement de la pension alimentaire résultant des articles 238 et 240, et mise à la charge du mari pour permettre à la femme de subsister pendant l'instance en divorce.

La même question, de savoir si cette pension, accordée à la femme au cours de l'instance, doit jouir des avantages attachés aux obligations alimentaires des articles 203 et 205 et de l'article 214, se présente dans d'autres cas analogues à celui que nous venons d'étudier.

a) Et tout d'abord, pour les *pensions de retraite civiles* déclarées également incessibles et insaisissables par la loi du 9 juin 1853. L'article 26 de cette loi décide qu'il y a exception à l'insaisissabilité, et jusqu'à concurrence d'un tiers, dans les circonstances prévues par les articles 203, 205, 206, 207 et 214 du Code civil. Nous n'avons donc plus à nous poser ici qu'une des deux questions qu'il nous a fallu résoudre pour les pensions des militaires : la loi cette fois prend soin d'indiquer que l'obligation alimentaire de l'article 214 bénéficie de la même faveur que celle des articles 203 et 205. Il reste donc seulement à savoir si la pension de l'article 238 doit être assimilée à ce point de vue à celle de l'article 214, nous adopterons évidemment la même solution que pour les pensions militaires et pour les mêmes raisons qui conservent ici toute leur valeur (En ce sens Bordeaux, 13 mai 1901. *Le Droit*, 29-30 septembre 1901).

b) Pour les *traitements des fonctionnaires*, la question se pose dans des termes un peu différents. Les traitements ne sont saisissables que jusqu'à concurrence

du cinquième, du quart ou du tiers suivant le chiffre (art. 1<sup>er</sup>, loi du 21 ventôse an IX), mais dans cette mesure ils peuvent être saisis par un créancier quelconque. Aucune disposition n'est édictée en faveur des créanciers pour aliments. La question est donc de savoir si la portion déclarée insaisissable ne peut être l'objet d'aucune saisie même pour cause d'aliments, et si parmi ces aliments on peut comprendre ceux de l'article 238.

L'insaisissabilité en effet est édictée non seulement dans l'intérêt du fonctionnaire, mais aussi de sa famille. C'est pour mettre le fonctionnaire en état de satisfaire à l'obligation naturelle qu'il a contractée envers les membres de sa famille, et par conséquent en vue de leur intérêt aussi bien que de l'intérêt du fonctionnaire lui-même que la loi a fixé la portion insaisissable, qui sans cela aurait été vraisemblablement moins élevée.

Dès lors on a conclu que les créanciers alimentaires, notamment la femme et les enfants du fonctionnaire, pouvaient former des saisies-arrêts sur la portion insaisissable du traitement, sauf aux tribunaux à régler l'effet des oppositions et accorder des réductions.

Signalons seulement l'application très juste que la jurisprudence a faite de cette doctrine à notre matière, en décidant que la saisie-arrêt pratiquée par une femme sur le traitement de son mari fonctionnaire

public, pour assurer le paiement de la provision alimentaire ou de la provision *ad litem*, qui lui ont été accordées dans une instance en séparation de corps, ne doit pas être restreinte à la partie de ce traitement déclarée saisissable. (Bordeaux, 12 juillet 1880. D. 1880. 2. 232; Trib. de Bourgoïn, 10 août 1900. *Mon. Jud. de Lyon*, 15 mars 1901).

c) Enfin la question que nous étudions se présente dans un dernier cas né de la loi du 12 janvier 1895 sur la saisie-arrêt des *salaires et petits traitements*.

Après avoir posé en principe dans son article 1<sup>er</sup> que les salaires des ouvriers ne peuvent être saisis que jusqu'à concurrence du dixième, le législateur décide dans son article 3 que cette limitation au dixième n'atteint pas les saisies faites pour le paiement des dettes alimentaires prévues par les articles 203, 205, 206, 207, 214, 349 du Code civil.

L'énumération des créanciers alimentaires pour lesquels on fait exception au principe d'insaisissabilité est donc plus complète que celle des lois de 1831 sur les pensions militaires qui ne parlaient que des articles 203 et 205; elle est même plus complète que celle de la loi de 1853 sur les pensions civiles puisque au cas prévu par cette loi, elle a ajouté celui de l'article 349 du Code civil.

Mais il n'est pas encore question de la créance de l'article 238. Certains auteurs en ont conclu que l'article 3 de la loi de 1895 étant une disposition excep-

tionnelle et devant à ce titre recevoir une interprétation restrictive, la saisie faite pour le paiement de la dette alimentaire prévue par l'article 238 ne peut frapper que le dixième du salaire du débiteur (1). Le tribunal de Clermont-Ferrand, par un jugement du 20 décembre 1901 (2), a jugé en ce sens pour la pension accordée à la femme séparée de corps.

Comme dans les autres hypothèses que nous avons examinées, nous n'hésitons pas à assimiler dans le cas présent la pension de l'article 238 à celle de l'article 214, dont, rappelons-le encore une fois, elle n'est que l'application ; nous considérons donc cet article 238 comme implicitement visé par l'énumération de la loi de 1895 (3).

Les partisans de l'opinion contraire objectent que le jugement de divorce remontant quant à ses effets entre époux au jour de la demande, la provision alimentaire accordée à la femme pendant l'instance constitue une avance sur ce qui doit lui revenir d'après la liquidation, et qu'on ne saurait donc voir dans l'article 238 une simple application de l'article 214.

---

1. Lesage et Compin. *Traité de la saisie-arrêt*, n° 131 ; — D'Hooghe. *Traité de la saisie-arrêt*, p. 109.

2. En note sous tribunal de la Seine, 6 février 1902, cité au texte.

3. En ce sens Emion. *La saisie-arrêt des petits salaires* n° 41 ; Schaffhauser. *Comment. de la loi de 1895*, n° 61 bis ; César Bru. *Rev. génér. du droit*, t. XX, 1896, p. 347.

Cet argument manque singulièrement de valeur dans le cas présent. Ceux qui le font valoir oublient qu'il s'agit de salaires ou de petits traitements, que l'on se trouve en présence d'ouvriers, de petits employés, c'est-à-dire de personnes ne possédant très fréquemment pas de fortune acquise, n'ayant d'autres ressources que le gain de leur travail ; la pension aura donc presque toujours un caractère alimentaire et restera à la charge du mari comme versée en vertu de l'obligation d'entretien lui incombant.

C'est dans le sens de notre opinion que s'est prononcé un jugement du tribunal de la Seine du 6 février 1902 (D. 1902. 2. 417), qui, après avoir constaté qu'aux termes de l'article 214 du Code civil le mari est tenu de fournir à sa femme tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, ajoute que si l'article 238 ne figure pas dans l'énumération de l'article 3 de la loi de 1895, « il y a lieu de l'y comprendre, le principe étant le même, et le mari continuant à être obligé de fournir les aliments à sa femme et à ses enfants lorsque par une décision régulière la femme est autorisée à résider en dehors du domicile conjugal ».

C'est en conséquence aux tribunaux qu'il appartient de déterminer, eu égard aux ressources respectives des parties, la portion saisissable du salaire.

## CHAPITRE VI

### Imputation de la pension lors de la liquidation

---

L'instance en divorce est une situation transitoire ; les mesures ordonnées pour la durée de cette instance le sont, peut-on dire, pour parer au plus pressé : assurer la subsistance de la femme.

Mais un jour vient où à cette situation essentiellement provisoire fait place un état définitif. Laissons de côté la réconciliation qui étant une fin amiable du procès ne saurait soulever de difficultés pour le règlement des intérêts matériels des époux désormais d'accord.

L'instance se termine judiciairement soit par le rejet de la demande, soit par la prononciation du divorce.

Au cas de rejet de la demande, le mariage est réputé avoir subsisté avec tous ses effets, les conventions matrimoniales sont censées avoir continué à s'appliquer et à régler les rapports des époux. La pension versée par le mari à la femme pendant le

cours de l'instance doit être considérée comme le mode de contribution du mari pendant l'instance à l'entretien de la femme ; il n'a fait que remplir l'obligation qui lui incombait légalement comme détenteur et usufruitier des biens de la femme et des biens de communauté, et au cas où la femme n'a pas de biens en vertu des principes généraux sur l'assistance entre époux. Il n'y a donc pas lieu à restitution de la pension (*Trib. civ.*, Narbonne, 23 juin 1903. *Mon. Jud.*, Lyon, 22 juillet 1903).

Toute autre est la situation quand le divorce est prononcé ; nous supposons que le jugement qui le prononce est définitif et qu'il est transcrit. Le divorce une fois transcrit va produire des effets qui entre époux remonteront au jour de la demande (art. 252, C. civ.) ; c'est en se plaçant à ce jour qu'il sera procédé à la liquidation des droits des parties. Quel sera le sort de la pension lors de cette liquidation ? Car si le mari était tenu de fournir pendant l'instance à sa femme de quoi subsister, c'est parce qu'elle était sans ressources. Or il n'en est plus de même aujourd'hui, elle exerce ses reprises, il lui est fait attribution de sa part dans la communauté, le tout avec les intérêts ou revenus à compter de l'introduction de la demande en divorce. Le mari ne va-t-il pouvoir, maintenant que la femme rentre en possession de sa fortune, se faire rembourser ce qu'il lui a avancé quand, bien qu'étant aussi riche en réalité,

elle n'avait aucuns fonds à sa disposition ? En d'autres termes la pension doit-elle être considérée comme ayant un caractère provisionnel, c'est-à-dire le caractère d'une simple avance ou au contraire présente-t-elle un caractère alimentaire qui exclut toute idée de répétition ?

Il y a lieu de résoudre la question par une distinction qu'il est facile d'établir.

La pension, nous l'avons vu, est la forme sous laquelle le mari satisfait pendant l'instance à l'obligation d'entretien qui lui incombe à l'égard de sa femme.

Quelles sont les ressources qui lui permettent, en dehors de toute instance, de s'acquitter de cette obligation ? Plaçons-nous dans le cas du régime matrimonial le plus fréquent, la communauté. Ce sont tout d'abord les revenus des propres de la femme, notamment des biens qu'elle a apportés pour contribuer aux charges du ménage ; ce sont aussi les revenus des biens communs aux époux, soit apportés par l'un deux soit acquis au cours du mariage ; ce sont enfin les revenus des propres du mari et surtout le produit du travail des époux, plus spécialement du mari. C'est grâce aux subsides qu'il tire de ces différentes sources que le mari subvient à l'entretien de la femme. Et quand la femme n'a pas de biens propres et qu'il n'existe pas de biens communs, ou si ces biens propres ou communs ne pro-

duisent que des revenus insignifiants, c'est en somme le mari qui supporte la charge de l'entretien de la femme, et ce sans aucun recours sur le capital des biens de la femme, sans avoir non plus le droit de se faire rembourser les sommes ainsi dépensées au cas où la femme acquiert par la suite une fortune personnelle importante.

L'instance en divorce ne change rien aux obligations du mari, seulement il s'acquitte sous une forme différente de l'obligation d'entretien ; jusqu'alors c'était au foyer commun que la femme trouvait tout ce qui est nécessaire à sa subsistance, désormais c'est dans une résidence séparée qu'elle va vivre au moyen d'une pension fournie par le mari.

Mais cette pension doit être fournie par le mari au moyen des mêmes ressources qui, avant l'introduction de la demande, lui permettaient de subvenir à l'entretien de sa femme ; c'est-à-dire que si les revenus des biens de la femme et de la part de la femme dans la communauté sont insuffisants pour assurer le service de la pension, le surplus sera fourni par le mari sans qu'il en touche la contre-partie et à titre alimentaire.

Si maintenant, le divorce prononcé, il y a lieu de procéder à la liquidation, nous allons appliquer ces idées. Nous avons dit qu'aux termes de l'article 252 du Code civil le divorce dûment transcrit remonte quant à ses effets entre époux au jour de la demande.

Il en est de même, disons-le en passant, de la séparation de corps. Celle-ci entraîne la séparation de biens (art. 311 du Code civil), et cette séparation de biens, accessoire de la séparation de corps, a comme la séparation de biens demandée principalement un effet rétroactif au jour de la demande. Il s'ensuit que la dissolution de la communauté produite soit par le divorce soit par la séparation de corps, rétroagit entre époux au jour de la demande et que l'on établit les droits des parties en se plaçant à ce jour. Dès lors le mari se trouve débiteur des revenus et intérêts des propres et reprises de la femme et de sa part dans la communauté, part déterminée audit jour.

Mais ces revenus et intérêts ont en temps ordinaire une affectation toute naturelle : ils représentent la part contributive de la femme dans les charges du ménage. La femme ne contribuant plus aux charges, son entretien ne doit plus incomber au mari ; et c'est cependant lui qui y a subvenu pendant l'instance par la pension qu'il a servie. Il est donc de toute justice de considérer cette pension comme une avance qu'il a faite à la femme et de lui permettre de conserver, à concurrence des sommes qu'il a payées à ce titre, les fruits et revenus qu'il a perçus pour le compte de la femme à partir de l'introduction de la demande.

Si ces revenus égalent ou dépassent les termes de pension payés la règle que nous venons de poser s'applique sans aucune difficulté.

Mais si le mari n'a perçu aucun revenu ou si les revenus perçus sont inférieurs aux sommes versées à titre de pension, le mari va-t-il rester créancier de sa femme pour la différence ? Il est certain que non.

Il y a lieu de rappeler ce que nous avons dit plus haut, que si le mari ne trouve pas dans les revenus des biens de la femme les ressources nécessaires pour servir la pension, le surplus de la pension, ou la totalité si la femme n'a aucun revenu, doit être fourni par lui à titre alimentaire. Dès lors ressort-il de la liquidation que les arrérages de la pension sont supérieurs aux revenus des biens de la femme touchés par le mari, ces arrérages, dans la mesure où ils excèdent les revenus en question, doivent être considérés comme ayant été payés par le mari en exécution de son obligation d'assistance et d'entretien et ils restent définitivement à sa charge sans pouvoir faire l'objet d'une restitution de la part de la femme ni d'une imputation à son préjudice.

En résumé la pension aura un caractère provisionnel ou alimentaire selon que les arrérages versés par le mari seront ou non inférieurs aux fruits et revenus des propres de la femme et aux intérêts de ses reprises et de sa part dans la communauté.

C'est en ce sens que se prononce la jurisprudence. Elle décide que la liquidation étant faite, il appartient au tribunal de déterminer rétroactivement le véritable caractère alimentaire ou provisionnel de la pension par lui précédemment allouée.

« Attendu, dit la Cour de cassation dans un arrêt  
« du 22 juillet 1889 (1), que le sort de la provision  
« alimentaire accordée à la femme pendant l'instance  
« en séparation de corps dépend du résultat de la  
« liquidation de la communauté, et qu'elle doit être  
« considérée comme une avance imputable sur ce  
« qui revient à la femme d'après cette liquidation ;  
« que celle-ci en doit donc le rapport lorsqu'elle  
« trouve dans la liquidation un émolument égal ou  
« supérieur à ce qu'elle a touché ainsi à titre de pro-  
« vision. »

La formule qu'emploie la Cour dans cet arrêt en parlant de l' « émolument » de la femme est trop large ; c'est seulement sur les revenus et intérêts des propres et reprises de la femme que doit se faire l'imputation de la pension et non sur le capital.

Un autre arrêt de la Cour de cassation, du 7 janvier 1890 (*Pand. fr.*, 90.1. 373), indique bien d'ailleurs que telle est la pensée de la Cour.

Citons également un jugement du tribunal de la Seine du 16 juillet 1897 (*Le Droit*, 15 octobre 1897) qui fait application des mêmes idées au cas où le régime matrimonial est la séparation de biens :  
« Attendu, y lit-on, que s'il est de jurisprudence,  
« aussi bien en matière de communauté que de sépa-  
« ration de biens, que la pension payée par le mari

---

1. Dalloz, 90.1.420.

« constitue une avance qu'il a le droit de se faire  
« rembourser lors de la liquidation, il est également  
« de principe que si les sommes versées sont supé-  
« rieures aux intérêts de la dot le surplus ne peut  
« être déduit de l'apport dotal de la femme qui doit  
« rester intact. »

« L'article 252, dit la Cour de Nancy dans un arrêt  
« du 20 février 1904 (1), ayant été édicté dans un but  
« exclusif de protection pour la femme et pour met-  
« tre sa fortune à l'abri des dilapidations du mari  
« pendant l'instance en divorce, ne peut être retourné  
« contre elle et déterminer la perte d'une partie de  
« son capital. »

Beaucoup d'autres décisions judiciaires (2) et spécialement un arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 1905 (*Gaz. des Trib.*, 26 octobre 1905) ont consacré la même doctrine qui peut être considérée comme acquise en jurisprudence.

Il y a lieu toutefois de formuler certaines réserves. Si nous étudions la situation d'un peu plus près, nous voyons qu'il convient de distinguer entre la pension

---

1. *Rec. Nancy*, 1904, 92.

2. Citons notamment parmi les plus récentes : Bordeaux, 16 avril 1896, *Journ. arr. Bordeaux*, 96.1.281 ; Trib. civ. de Bordeaux, 12 mars 1900, *Mon. Lyon*, 22 oct. 1900 ; Trib. de la Seine, 24 janvier 1901. *Gaz. Trib.*, 9 juin 1901 ; Nancy, 21 février 1903, *Fr. Jud.*, 1903, p. 211.

versée antérieurement à la transcription du jugement de divorce et celle versée depuis. Il en est tout au moins ainsi quand la pension d'après la liquidation apparaît comme présentant un caractère alimentaire. En effet tant que le jugement n'est pas devenu définitif par la transcription, le mari reste tenu de ses obligations et notamment de l'obligation d'assistance; la pension trouve dans cette obligation un fondement suffisant. Mais du jour où le divorce est transcrit, les deux conjoints divorcés deviennent complètement étrangers l'un à l'autre, aucune obligation ne subsiste entre eux, pas même celle d'assistance; la pension désormais manque de fondement.

Sans doute le juge, dans l'ignorance de ce qui reviendra à la femme d'après la liquidation, doit condamner le mari à fournir la pension jusqu'à cette liquidation. Mais reste la question d'imputation. Si les revenus des biens de la femme perçus pendant l'instance ne permettent pas d'assurer le remboursement de la pension, à quel titre pourrait-on laisser à la charge du mari les arrérages de la pension payés par lui postérieurement à la transcription, c'est-à-dire à une époque où l'obligation alimentaire résultant de l'article 212 avait pris fin? On doit donc décider que les sommes payées par le mari depuis la transcription s'imputeront non seulement sur les revenus et intérêts, mais même au besoin sur le capital des propres et reprises de la femme, contraire-

ment à la règle générale par nous admise. Et nous en concluons que, dans l'intérêt de la femme, et pour qu'elle ne soit pas exposée à des restitutions onéreuses, le tribunal en allouant la pension au cours de l'instance agira sagement en ne l'accordant que jusqu'à la transcription du divorce, ou en en diminuant le chiffre à partir de cette époque, toutes les fois qu'il ne lui sera pas justifié de reprises à exercer par la femme.

La jurisprudence ne paraît guère s'être préoccupée de ces considérations. C'est cependant d'elles que s'est inspirée la Cour de Besançon, saisi d'une demande de pension alimentaire postérieurement à la transcription du jugement de divorce, dans un arrêt du 9 janvier 1901 (1) où nous lisons notamment :

« Que depuis la transcription les effets du jugement  
« de divorce sont acquis; que la dissolution du ma-  
« riage est un fait accompli; que la dette alimentaire  
« de H... est éteinte assurément, mais qu'il n'en  
« résulte pas qu'il ne soit plus tenu à des obligations  
« pécuniaires envers la dame M...; que celle-ci est  
« sans ressources; que H... détient ses biens per-  
« sonnels, qu'il détient les valeurs de communauté,  
« que celle-ci n'est pas liquidée;

« Que les sommes qu'H... aura à lui payer n'au-

---

1. *Rec. Besançon*, 1901. I. 312.

« ront plus jusqu'à la clôture de la liquidation que  
« le caractère d'avances restituables sur les revenus  
« de ses reprises d'abord, sur sa part de communauté  
« ensuite, enfin et au besoin sur le capital même de  
« ses reprises, en cas d'insuffisance, parce que le  
« mari dégagé de l'obligation alimentaire à dater de  
« la transcription doit être assimilé pour le recou-  
« vrement de ce qu'il a avancé à un créancier ordi-  
« naire; qu'il n'y a pas à objecter qu'il peut arriver  
« que la femme soit pauvre et hors d'état de subve-  
« nir à ses besoins depuis la dissolution du mariage  
« jusqu'à la liquidation puisque dans ce cas il n'y a  
« rien à liquider et pas d'avances à faire. »

La Cour en déduit qu'il ne faut fixer qu'avec une extrême prudence et au moyen seulement des éléments connus les sommes à avancer par le mari jusqu'à la liquidation.

## QUATRIÈME PARTIE

### PROVISION « AD LITEM »

---

La femme autorisée à résider séparément et recevant par la pension alimentaire les ressources nécessaires à sa subsistance, doit en outre être mise à même de faire face aux frais du procès. C'est l'objet de la provision *ad litem*.

La loi n'a pas édicté en termes formels l'obligation pour le mari de fournir ainsi à sa femme des subsides en vue des dépenses occasionnées par l'instance, mais il n'a jamais été contesté que l'on dût voir une consécration suffisante du droit de la femme dans la disposition de l'article 240 du Code civil, aux termes de laquelle le tribunal statue sur les demandes « relatives aux aliments pour la durée de l'instance, *sur les provisions*, et sur toutes les autres mesures urgentes ».

Quel est le fondement du droit de la femme à cette

provision ? C'est évidemment le même que celui de la pension alimentaire ; comme celle-ci la provision *ad litem* dérive de l'obligation générale d'assistance et de secours consacrée par l'article 212 du Code civil. Si l'un des époux est sans ressources, l'autre doit, tant que le lien conjugal subsiste, lui venir en aide pour lui permettre d'exercer ses droits, et la circonstance que c'est contre son conjoint que l'époux sans ressources agit ne change rien aux obligations de celui-ci. La nécessité de demander le divorce, pour l'époux auquel la vie commune est devenue insupportable, est considérée par la loi comme un besoin impérieux et légitime. Si la demande n'est pas fondée sur des motifs suffisamment graves, c'est seulement plus tard qu'on le saura par la décision du tribunal sur le fonds du procès. Le mari doit donc être tenu, à titre provisoire et contre ses propres intérêts, de fournir à sa femme les ressources nécessaires pour suivre l'instance.

En outre si la femme a des biens, c'est, sous presque tous les régimes, le mari qui les détient et en perçoit les revenus ; il est donc juste qu'il fasse à sa femme, sur ces biens dont elle est propriétaire, des avances pour soutenir un procès qui présente pour elle un intérêt capital.

Donc pension alimentaire et provision *ad litem*, ce sont deux applications du grand principe d'assistance entre époux : l'une expressément formulée par

le Code, l'autre consacrée d'une façon moins formelle, mais s'imposant néanmoins avec la même force à raison des principes généraux du mariage et des nécessités de l'instance en divorce.

La provision *ad litem* étant fondée sur les mêmes motifs que la pension alimentaire doit lui être assimilée pour ses conditions d'exercice, et il s'ensuit qu'elles sont régies en grande partie par les mêmes règles ; nous n'aurons donc pas pour ces points communs à entrer dans les détails et nous nous bornerons à renvoyer aux développements que nous avons donnés à propos de la pension alimentaire.

Nous aurons à nous demander successivement par qui la provision *ad litem* est accordée, à quelles conditions elle peut être obtenue, quelle en est la quotité, comment s'en fait le paiement, quels droits peuvent appartenir aux tiers sur cette provision, et aussi quel en est le sort lors de la liquidation.

## CHAPITRE I

### Qui peut allouer la provision « *ad litem* »

---

Le femme a droit à une provision *ad litem*, quelle que soit la juridiction devant laquelle les frais doivent être faits : tribunal de première instance, Cour d'appel, Cour de cassation.

Mais qui va condamner le mari à la lui fournir ?

Tout d'abord en ce qui concerne le procès en première instance, passons en revue les différentes autorités judiciaires investies par la loi du droit de statuer sur les mesures provisoires.

Il ne saurait être question de confier au président le droit d'accorder la provision *ad litem* dès la première ordonnance, où il ne peut que fixer le lieu de la résidence séparée, sans prendre aucune mesure au sujet de la pension alimentaire qui peut cependant être bien nécessaire à cette femme éloignée désormais du domicile conjugal.

En est-il de même de la seconde ordonnance ?

D'après une première opinion (1) le président peut alors statuer sur la provision *ad litem*. On invoque la compétence générale du magistrat conciliateur pour statuer sur toutes les mesures provisoires urgentes : on expose que la provision *ad litem* fait en quelque sorte partie de la pension alimentaire, et que le juge chargé par la loi de statuer sur l'une est par cela même investi de la mission de statuer également sur l'autre. Ne serait-il pas choquant que le président accordant à la femme une pension qui assurera sa subsistance ne pût lui fournir en même temps les moyens de ne pas être arrêtée, faute de ressources, dans l'exercice de ses plus légitimes revendications ?

Suivant une deuxième doctrine plus généralement admise (2), il faudrait cependant décider ainsi. L'article 238, dit-on, qui donne au président le pouvoir de statuer sur les « demande d'aliments » est muet sur la provision *ad litem* ; bien différente est la rédaction de l'article 240 qui, traitant des mesures provisoires que peut ordonner le tribunal, parle des « demandes relatives aux aliments » et des « provisions », manifestant ainsi clairement l'intention du législateur de

---

1. Carpentier, t. II, n° 71. — Huc, t. II, n° 324.

2. Coulon, t. IV, p. 299. — Vraye et Gode, t. II, n° 583.  
— Garsonnet, t. VI, § 1371,

comprendre cette fois la provision *ad litem* au nombre des mesures à ordonner.

On ajoute que le système de la loi se justifie bien : il faut que le juge puisse allouer des aliments à la femme qu'il autorise à quitter le domicile commun ; il n'y a pas la même urgence à lui accorder, avant que l'affaire soit portée devant le tribunal, une provision qu'elle pourrait employer à autre chose qu'à payer les frais de sa demande.

Nous n'hésitons pas, pour notre part, à nous rallier à la première opinion. Le deuxième système s'appuie sur des arguments de texte qui n'ont pas à nos yeux grande valeur. Alors en effet que la loi ne parle nulle part expressément de la provision *ad litem*, il nous paraît bien oiseux de chercher à établir des différences de rédaction entre les divers articles du Code sur la matière. Aux auteurs qui opposent l'expression de l'article 238 « demande d'aliments » à la formule de l'article 240 « demandes relatives aux aliments, provisions », nous demanderons pourquoi la loi a mis au pluriel dans l'article 240 le mot « demandes » puisque la provision *ad litem* ne rentre pas, selon eux, dans la provision alimentaire, et surtout pourquoi après les « demandes relatives aux aliments » elle parle encore des « provisions » au pluriel.

On l'a expliqué (1) en disant qu'il faut y voir l'inten-

---

1. Vraye et Gode, t. II, p. 73.

tion du législateur d'accorder au mari aussi bien qu'à la femme le droit à des aliments et à une provision. L'explication n'est pas convaincante, car alors pour être logique le législateur eût dû mettre également au pluriel le mot « demande d'aliments » dans l'article 238, car il n'est pas contesté que le mari puisse comme la femme obtenir des aliments devant le président.

D'ailleurs, disons-le en passant, la recherche de l'intention du législateur ne doit pas, à notre avis, tenir une trop grande place dans l'interprétation des lois récentes, comme celle de 1886. Si en présence de textes particulièrement étudiés dans la forme comme l'étaient ceux du Code civil, l'interprète peut tirer argument des plus légères différences de rédaction pour dégager la volonté du législateur et dire que tel système et non tel autre est celui de la loi — et encore cela même a-t-il été contesté — nous ne pensons pas qu'il doive en être de même pour les lois votées maintenant.

On peut dire que dans les vingt dernières années notamment, le Parlement a voté sans une préparation et une discussion suffisantes un grand nombre de lois ; on en a pour preuve des inadvertances législatives dont certaines ont fait naître des problèmes juridiques véritablement insolubles. La rédaction des lois est donc souvent hâtive, les textes ne sont pas établis avec un soin suffisant, les termes

n'en sont pas pesés comme ils devraient l'être par un législateur prévoyant, désireux d'éviter toute ambiguïté dans l'expression de sa pensée.

Nous en concluons que celui qui a mission d'appliquer une loi ainsi élaborée ne devra pas, pour la solution d'une question non expressément résolue par le législateur, se livrer à un examen trop minutieux des termes employés, car il serait exposé à tirer argument en faveur de tel ou tel système de certains détails de rédaction auxquels le rédacteur de la loi n'a attaché aucune importance. Sans doute l'interprète doit avoir pour seul but d'appliquer la loi; il doit s'incliner devant le texte toutes les fois qu'il est clair et formel, quelque rigoureuse ou même injuste que lui paraisse la solution consacrée par la loi.

Mais quand le législateur — et nous avons toujours en vue le législateur de ces dernières années — ne s'est pas expliqué nettement, que sa pensée n'apparaît pas clairement, pourquoi fouiller le texte, le tourner et le retourner afin d'en faire sortir une solution que l'on ne peut affirmer avoir été celle voulue par le législateur?

Pour en revenir à la question qui nous occupe de savoir si le président conciliateur peut allouer à la femme une provision *ad litem*, ou si la loi a entendu réserver ce droit au tribunal, nous estimons que la loi s'est servie d'expressions assez larges et assez peu

précises pour que l'interprète ait toute sa liberté, et qu'il en use pour adopter la solution la plus conforme aux principes généraux et aux intérêts en cause.

Or quoi qu'en disent les partisans de l'opinion que nous combattons, il y a urgence à accorder à la femme une provision *ad litem* dès l'ordonnance de non-conciliation. Que l'on songe aux frais élevés qu'elle va être obligée d'avancer, tout au moins quand elle est demanderesse, alors qu'elle peut n'avoir aucune ressource. Enumérons les divers actes de la procédure préliminaire : c'est d'abord la requête suivie de l'ordonnance autorisant à citer, puis la citation en conciliation dont elle doit se faire délivrer une grosse si elle contient des mesures provisoires, et enfin l'assignation, sans compter que de l'assignation au jugement qui allouera la provision *ad litem* il y aura encore de nombreuses formalités de procédure : mise au rôle, significations de conclusions, etc.

Ajoutons que souvent ce sera seulement par le premier jugement sur le fonds, en général ordonnant une enquête, que le tribunal allouera la provision *ad litem*. Or ce jugement n'est jamais rendu, sauf le cas de défaut, dès l'introduction de l'instance ; il faut que la demande en divorce ait subi le rôle, il y a lieu à échange de conclusions, à plaidoiries. De sorte que la femme demanderesse serait obligée dans le système adverse de faire l'avance de frais

qui s'élèveront souvent à plusieurs centaines de francs.

Et la situation de la femme sera encore plus pénible si le mari fait appel de l'ordonnance de non-conciliation. La Cour ne pourra pas plus que le président dont elle a à apprécier la décision accorder à la femme une provision *ad litem*, et voilà encore de nouveaux frais à avancer par cette femme qui peut n'avoir aucunes ressources. Et cette hypothèse de l'appel n'est pas chimérique : d'abord parce que le mari peut légitimement se trouver lésé par les mesures ordonnées par le président, et ensuite parce qu'il n'est pas invraisemblable de croire qu'il lui arrivera parfois d'interjeter un appel purement dilatoire, et ne présentant aucune chance de succès, dans le seul but de vexer son conjoint.

Nous n'hésitons donc pas en résumé à adopter une théorie qui, tout en respectant le texte de la loi, se trouve seule en conformité avec le but de la provision *ad litem* : éviter que la femme ne soit arrêtée par le manque de ressources dans l'exercice de ses droits.

Nous estimons toutefois que le magistrat conciliateur pourra se contenter d'accorder à la femme une somme suffisante pour faire face aux premiers frais de l'instance. En effet, il n'a pas à se prononcer sur le fonds de l'affaire, il ne possède d'ailleurs pas d'éléments d'appréciation à cet effet ; il ne peut prévoir ce que durera l'instance ni les complications dont

elle est susceptible ; il appartiendra au tribunal de compléter s'il y a lieu la provision.

Terminons sur ce point par une remarque : nous devons reconnaître pour être juste que le système que nous venons de combattre, et qui refuse au juge conciliateur le droit de statuer sur la provision *ad litem*, verra dans beaucoup de cas ses inconvénients atténués dans la pratique actuelle, à raison de la facilité avec laquelle est accordé le bénéfice de l'assistance judiciaire. La femme qui ne réclamera pas ce bénéfice, ou à qui il sera refusé, aura en général quelques ressources, ou appartiendra à un milieu social où elle aura chance de trouver auprès de parents ou d'amis l'argent nécessaire pour introduire sa demande.

Quand le tribunal est saisi de la demande, c'est à lui qu'il appartient de statuer sur la provision *ad litem* comme sur les autres mesures provisoires. L'allocation de cette provision pourra faire l'objet d'une décision spéciale, ou bien elle aura lieu par un jugement relatif également à d'autres mesures provisoires, ou encore par un jugement sur le fonds de l'affaire par exemple ordonnant enquête.

Enfin, conformément à la théorie que nous avons adoptée sur les pouvoirs du président en référé pour les mesures provisoires, nous pensons que rien ne s'oppose en principe à ce qu'il soit appelé à se prononcer sur une demande de provision *ad litem* ;

nous nous empressons toutefois d'ajouter que cette demande se présentera rarement avec le caractère d'urgence nécessaire pour justifier son intervention.

Telles sont les autorités judiciaires compétentes pour accorder la provision destinée à faire face aux frais du procès devant le tribunal.

La provision ainsi accordée ne comprendra bien entendu que la somme jugée nécessaire pour parer aux frais de première instance.

C'est à la Cour que la femme doit s'adresser pour obtenir une provision destinée à faire face aux frais de l'instance d'appel (Montpellier, 7 mai 1900. *Mon. Midi*, 4 novembre 1900). La juridiction devant laquelle les frais doivent être exposés est plus apte que tout autre à en évaluer le montant probable, et on ne saurait soulever l'objection, que nous avons dû réfuter pour la demande de pension alimentaire formulée en appel, qu'il y a là une demande nouvelle.

Mais s'il s'agit d'une provision destinée à soutenir ou à combattre un pourvoi, devra-t-on la demander à la Cour de cassation ? Evidemment non, la Cour de cassation ne connaît que des questions de droit ; elle n'est pas comme la Cour d'appel saisie de l'ensemble du litige en fait et en droit, elle a seulement mission de veiller à l'application de la loi. Elle ne saurait donc prescrire de mesures provisoires, même quand la nécessité de ces mesures se fait sentir pour

la première fois au moment où l'affaire est pendante devant elle, même quand cette nécessité est née comme dans le cas présent précisément du pourvoi dont elle est saisie. La considération que mieux que toute autre autorité elle est en mesure de fixer la provision est également sans effet contre la règle fondamentale de sa compétence.

C'est donc au tribunal de première instance, juridiction de droit commun, que la femme devra s'adresser pour obtenir une provision.

## CHAPITRE II

### Dans quels cas y a-t-il lieu à provision ad litem

---

La première condition pour l'obtention de la provision *ad litem*, de même que pour la pension alimentaire, est qu'elle soit nécessaire à la femme à raison de l'insuffisance de ses ressources, soit d'ailleurs que la femme n'ait aucune fortune, soit qu'elle n'en ait pas l'administration qui appartient au mari ; la femme doit avant tout plaider de même qu'elle doit subsister sur ses propres ressources (1).

La jurisprudence a fait de nombreuses applications de cette idée. C'est ainsi qu'elle a vu une raison de refuser la provision dans ce fait que la femme, par suite d'une séparation de biens antérieurement prononcée, avait recueilli, à titre de reprises, l'actif de la communauté et qu'elle avait continué à son seul profit l'exploitation d'un commerce qui était une des

---

1. Paris, 23 février 1893. *Gaz. Pal.*, 1893. 1. 64, 2<sup>e</sup> partie.  
Paris, 13 avril 1893. *Gaz. des Trib.*, 19 août 1893.

ressources de la communauté (1). Mais l'existence d'une séparation de biens ne lui a pas paru un obstacle à l'allocation d'une provision, alors que la femme n'avait pas été payée du montant de ses reprises (2).

La cour d'Amiens a rejeté la demande d'une provision pour un pourvoi formé par une femme à qui son mari avait versé amiablement en première instance une provision suffisante pour faire face aux frais tant du premier degré de juridiction que de l'instance d'appel et du pourvoi en cassation (3).

Ces décisions sont très justes ; c'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier souverainement en fait et dans chaque espèce si des ressources suffisantes sont à la disposition de la femme.

Une seconde condition exigée pour l'allocation d'une provision, par application également des principes généraux sur les pensions alimentaires, est que le mari soit en état de la payer (4).

Remarquons de suite, pour n'avoir plus à nous en occuper, que le mari comme la femme peut réclamer une provision *ad litem*. Nous avons en effet assigné comme fondement à la provision *ad litem*

---

1. Paris, 9 mars 1887. *Gaz. des Trib.*, 10 septembre 1887.

2. Trib. d'Amiens, 2 novembre 1895. *Journ. aud. Amiens* 1895, p. 264.

3. Amiens, 23 juillet 1895. *Rec., Amiens*, 1896. 172.

4. Douai, 24 janvier 1899. D. 1900. 2. 188.

l'obligation de secours et d'assistance écrite dans l'article 212 du Code civil ; or soutenir l'instance en divorce est pour le mari comme pour la femme une nécessité, et la femme doit pourvoir aux besoins du mari dépourvu de ressources. On invoque généralement à l'appui de cette opinion un argument de texte tiré de l'article 240 d'après lequel le tribunal « statue sur les provisions », ce qui laisse supposer, dit-on, qu'il peut être formé des demandes de provision par chacun des époux.

Cette raison ne nous paraît pas probante, car le tribunal ne sera appelé à statuer dans chaque instance que sur une seule demande de provision ; on a peine à concevoir le mari et la femme se réclamant mutuellement une provision *ad litem*.

Mais le motif que nous avons donné nous paraît suffisant pour justifier notre solution qui a d'ailleurs toujours été admise en jurisprudence. Le mari est donc en droit d'obtenir une provision lorsque la femme seule a de la fortune, et que le régime matrimonial lui en laisse l'administration.

Il est généralement admis aussi que le droit à la provision *ad litem* existe indépendamment de l'habitation séparée. Nous avons vu, en traitant de la pension alimentaire, que certains auteurs refusent cette pension à la femme qui a continué à habiter avec son mari. Mais la prétendue corrélation par eux invoquée pour justifier cette solution entre le

droit aux aliments et la séparation d'habitation ne saurait s'appliquer ici. Si on peut soutenir que la femme vivant au domicile conjugal y trouve les aliments nécessaires à sa subsistance et n'a pas besoin de pension, on est obligé de reconnaître que le fait que les époux n'ont pas cessé de demeurer ensemble ne procure nullement à la femme les moyens de plaider. Le seul rapport entre la provision *ad litem* et l'habitation de la femme est celui-ci : quand une résidence a été assignée par le juge à la femme, si celle-ci la quitte sans autorisation, le mari qui, en vertu de l'article 241, la fait déclarer non recevable à continuer ses poursuites sera en droit de refuser de payer la provision *ad litem* qui devient désormais sans objet ; mais cette fin de non-recevoir étant, comme nous l'avons vu, purement temporaire, la femme recouvrera le droit d'exiger la provision en même temps que celui de continuer les poursuites.

D'autres points sont plus délicats à régler.

Il a été jugé que la demande de provision *ad litem* devait être rejetée lorsque le jugement qui aurait pu allouer cette provision prononçait le divorce *de plano* (1).

On en donne comme motif que la provision n'a plus désormais raison d'être, le procès étant en somme terminé.

---

1. Trib. civ. Seine, 15 mars 1887. *La Loi*, 5 juin 1887 ; Trib. civ. Seine, 25 mai 1895. *Gaz. Trib.*, 27 septembre 1897.

Nous n'admettons pas cette manière de voir. Tout d'abord l'instance qui a abouti au jugement prononçant le divorce *de plano* a entraîné des frais importants pour lesquels des avances ont pu être consenties à la femme par des personnes s'intéressant à elle, ou bien qui sont encore dus aux officiers ministériels qui les ont exposés. Il serait de toute justice que le tribunal, dans le jugement qu'il rend, alloue à la femme une provision lui permettant de désintéresser ceux qui l'ont ainsi aidée. Sans doute nous verrons que, suivant certains auteurs, la provision *ad litem* ne peut jamais s'appliquer à des frais faits, mais seulement à faire, et nous dirons combien nous trouvons cette théorie peu fondée. Mais, même admise, cette théorie ne suffirait pas à justifier la décision que nous critiquons. En se plaçant au seul point de vue des frais restant à faire, le jugement qui prononce le divorce *de plano* a-t-il raison de refuser la provision *ad litem* ? Nous ne le pensons pas ; car si l'on nous dit que l'instance est en somme terminée, nous ferons seulement remarquer que tout jugement doit être enregistré dans les vingt jours de sa date à peine de double droit, et que l'enregistrement d'un jugement de divorce coûte près de 100 francs. En outre la femme devra lever une grosse du jugement, la signifier au mari, faire une publicité spéciale si le jugement, étant rendu par défaut, n'est pas signifié à la personne du mari, et enfin faire sommation au

maire de transcrire. On voit par un examen un peu minutieux de la procédure de quels frais élevés il va lui falloir encore faire l'avance.

Heureuse si le mari ne vient pas, en interjetant appel, remettre tout en question et l'obliger à de nouveaux frais pour saisir la Cour et obtenir de celle-ci une provision *ad litem* qui, dans l'opinion générale, ne pourra comprendre une somme destinée à solder le reliquat des frais de première instance, encore moins servir à acquitter tous les frais exposés devant les premiers juges.

Et tous ces inconvénients sont d'autant plus graves que, ne l'oublions pas, le mari et la femme ne sont pas des plaideurs ordinaires, et que toutes les fois que le mari pourra vexer sa femme ou la paralyser dans l'exercice de son action par quelque moyen que ce soit, il n'hésitera pas à le faire. Il importe donc que les tribunaux ne l'aident nullement à se soustraire à ses obligations, notamment à celle qu'il lui incombe de fournir à sa femme les moyens de plaider.

On pourra nous objecter aussi que le jugement prononçant le divorce *de plano* condamne le mari aux dépens, et qu'il y a là pour la femme un moyen de se faire rembourser les frais par elle faits. C'est vrai, mais cette condamnation, outre que l'effet en peut être suspendu par un appel du mari, permet seulement de récupérer le montant des frais quand

ils ont été faits ; et spécialement pour les frais postérieurs au prononcé du jugement qui, nous l'avons montré, sont assez élevés, c'est encore la femme qui va être obligée d'en faire l'avance.

Aussi est-ce avec raison qu'un jugement du tribunal civil d'Autun du 6 juillet 1904 (*Le Droit*, 27 octobre 1904) a affirmé que la provision *ad litem*, à laquelle est condamnée un des époux, est indépendante de la condamnation aux dépens prononcée par le même jugement, et que le paiement de ces dépens ne saurait dispenser l'époux condamné de payer également la provision *ad litem* tant que l'instance n'est pas terminée.

D'ailleurs nous nous refusons à voir dans le chiffre peu élevé des frais restant à faire un obstacle à l'allocation d'une provision *ad litem* ; la femme peut être hors d'état de faire face à ces frais même peu importants.

Nous n'approuvons donc pas la décision de la Cour de Paris refusant une provision *ad litem* à une femme défenderesse à l'appel interjeté par son mari de l'ordonnance de non-conciliation, sous le prétexte que « la défense à cet appel sur lequel il doit être « statué sommairement n'entraîne aucune procédure « coûteuse » (1). Cette décision ne serait justifiée que dans l'opinion selon laquelle la provision *ad litem*

---

1. Paris, 12 janvier 1889. D. 1890.2.280.

ne peut être accordée dans l'ordonnance de non-conciliation, la Cour saisie de l'appel de cette ordonnance ne pouvant dès lors pas plus que le président l'accorder.

Par contre la même Cour a fait, selon nous, une juste application des principes en décidant qu'on ne saurait arguer contre la femme appelante sans ressources qui réclame une provision *ad litem* que la demande en séparation de corps est en état d'être jugée au fonds (1).

Encore moins doit-on pouvoir se prévaloir contre elle de ce qu'elle a pu soit faire par elle-même, soit se faire avancer par un tiers, les premiers frais nécessités par sa demande (2).

Mais il va de soi que si le tribunal n'admet pas la demande en divorce, il ne saurait plus être question de provision *ad litem* ; point n'est besoin que le tribunal ait statué expressément sur la demande de provision ; en déboutant la femme de sa demande en divorce, il a implicitement mais nécessairement rejeté la demande de provision *ad litem*, accessoire de la demande en divorce (Cass. Req., 4 mai 1901, *Gaz. Trib.*, 10 mai 1901).

Un autre cas où l'on discute sur le point de savoir s'il y a lieu à allocation d'une provision est celui où

---

1. Paris, 11 février 1893. *Gaz. des Trib.*, 20 avril 1893.

2. Paris, 4 février 1893. *Gaz. du Palais*, 93. 1. 54., II<sup>e</sup> partie.

l'un des époux a obtenu le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Plaçons-nous tout d'abord dans l'hypothèse où c'est la femme qui a obtenu ce bénéfice.

Est-elle en droit néanmoins de réclamer à son mari une provision *ad litem* ?

Nous ne le pensons pas. Le bénéfice de l'assistance judiciaire a pour effet de dispenser l'assisté du paiement de tous frais et honoraires ; les officiers ministériels : avoués, huissiers, etc., occupent et instrumentent gratuitement et ne doivent recevoir aucune rémunération ; les déboursés des tiers, par exemple des témoins, sont avancés par le Trésor, un avocat est désigné qui prête gratuitement aussi son concours. Dès lors quel besoin aurait l'assisté d'une provision répondant à des frais qu'il ne supporte pas ? Si le mari est en état de fournir une provision le bureau de l'assistance judiciaire a eu tort d'accorder à la femme le bénéfice de l'assistance judiciaire ; l'administration de l'enregistrement, si le mari est condamné aux dépens, pourra poursuivre contre lui le recouvrement des droits et déboursés du Trésor et des émoluments des officiers ministériels, mais ce sera le seul effet de la non-indigence du mari.

Un jugement du tribunal de la Seine du 13 février 1883 (*Gaz. du Palais*, 83-295) décide « que si en « principe, la partie à laquelle a été accordée l'assis-  
« tance judiciaire n'a droit à aucune provision *ad*

« *litem*, il n'en saurait être de même lorsqu'elle se trouve exposée à des frais et débours exceptionnels ». Et le tribunal, rejetant à raison de la nationalité suisse des époux, une demande en séparation de corps formée par la femme, mais constatant que la femme obligée de quitter Paris pour pouvoir utilement intenter sa demande devant les tribunaux suisses, seuls compétents, n'a pas de ressources suffisantes pour satisfaire aux dépenses de son voyage, lui alloue une certaine somme à titre de provision *ad litem*.

On pourrait rapprocher du cas prévu à ce jugement un autre cas où la femme est exposée à des déboursés exceptionnels à raison de l'instance et qui, quand il se présente dans la pratique, donne lieu à des difficultés quelquefois insurmontables : c'est celui où la femme assistée judiciairement demeure loin du siège du tribunal saisi de la demande et n'a pas de ressources suffisantes pour subvenir aux dépenses du voyage nécessité par la comparution en conciliation. Dans ce cas aussi on pourrait être tenté de faire intervenir la provision *ad litem*. Nous estimons cependant que pas plus dans ce cas que dans celui du jugement cité, une provision *ad litem* puisse être allouée ; la provision *ad litem* ne peut avoir d'autre objet que de parer aux frais de justice proprement dits, et on ne saurait y faire entrer une indemnité pour les dérangements que le procès occasionne à

la femme ; encore moins peut-elle avoir pour seul objet de procurer à la femme cette indemnité.

Mais si des circonstances telles que l'éloignement entre le siège du tribunal saisi et le lieu de résidence de la femme, qui pourra obliger celle-ci à des déplacements coûteux, ne sauraient justifier l'allocation d'une provision *ad litem*, nous pensons que le juge aura la faculté d'en tenir compte lorsqu'il s'agira pour lui de fixer le chiffre de la pension alimentaire.

Arrivons au cas où c'est le mari qui a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire. La femme sera-t-elle en droit de lui réclamer une provision *ad litem* ?

Nous ne le pensons pas, le mari qui est dans l'impossibilité de subvenir par lui-même aux frais du procès en divorce ne peut être tenu de fournir à sa femme les moyens de plaider. L'obtention de l'assistance judiciaire accordée par décision d'un bureau ayant une attache légale avec la juridiction même saisie de la demande, constitue une preuve de son indigence suffisante pour permettre de refuser toute provision *ad litem* à la femme. La femme aura du reste la ressource de demander elle-même l'assistance judiciaire qui ne lui sera certainement pas refusée. C'est en ce sens que se prononce la jurisprudence (1).

---

1. Rouen, 27 novembre 1897. D. 1901. 2. 181. Boulogne-sur-Seine, 31 octobre 1901. *Gaz. trib.*, 12 nov. 1901.

Le contraire a cependant été jugé. La Cour d'Amiens, sur la demande formée par la femme d'une provision *ad litem* pour faire face aux frais de l'instance en divorce dont elle avait saisi la Cour, a accordé cette provision en se bornant à motiver ainsi sa décision :

« Considérant que l'intimé objecte vainement que  
« l'assistance judiciaire dont il bénéficie ferait obsta-  
« cle à ce que la condamnation demandée par sa  
« femme intervînt contre lui ; qu'en effet le bénéfice  
« de l'assistance judiciaire n'a d'autre portée que de  
« dispenser l'assisté du paiement des frais de justice.

« Que F... ne justifie pas de l'impossibilité où il  
« serait de payer une provision quelconque à sa  
« femme. » (1).

Cette décision nous paraît très critiquable. En admettant même que l'obtention de l'assistance judiciaire par le mari ne dût pas être considérée comme constituant une justification complète, une preuve irréfragable de son indigence, du moins la Cour devait, selon nous, y voir une présomption suffisante pour mettre à la charge de la femme la preuve de la non indigence.

La Cour de Douai, par un arrêt du 24 janvier 1899 (D. 1900. 2. 188), a condamné un mari assisté judi-

---

1. Amiens, 23 novembre 1892, *Journ. aud. Amiens*, 1893, p. 22.

ciaire à fournir à sa femme une provision *ad litem* en se basant sur ce que la femme justifiait qu'il pouvait payer ladite pension et qu'elle-même se trouvait dénuée de ressources. Nous ne pouvons adresser à cet arrêt la même critique qu'à celui de la Cour d'Amiens, car maintenant c'est bien la femme qui justifie des ressources du mari. Cependant nous repoussons également la solution admise.

Il nous semble en effet que si la femme est en mesure de prouver que le mari a des ressources, elle eût dû faire cette preuve devant le bureau d'assistance judiciaire et s'opposer à ce que celle-ci fût accordée à son mari. En tous cas, du moment qu'il a des ressources soit qu'il les ait dissimulées lorsqu'il s'est agi pour lui d'obtenir l'assistance judiciaire, soit qu'elles lui soient advenues depuis, il y a lieu de lui retirer le bénéfice de l'assistance. Ce que nous ne saurions admettre, c'est la continuation de cette situation contradictoire : le mari assisté judiciaire obligé de fournir à sa femme une provision *ad litem*.

Il faut donc ou que la provision *ad litem* soit refusée ou bien, si elle est accordée, que le bénéfice de l'assistance judiciaire soit retiré au mari.

La Cour de Douai a considéré que le mari ayant reçu la dot et touchant des appointements de 1500 à 1800 francs devait satisfaire « dans une certaine mesure » à la demande de provision. Ce raisonne-

ment ne nous paraît pas juste dans l'espèce. La provision est la somme présumée nécessaire pour couvrir les frais de l'instance, elle n'est pas susceptible de varier suivant l'état de fortune de celui qui la fournit; elle peut seulement être réduite si la femme qui la demande a elle-même une certaine fortune qui lui permet de supporter une part des frais du procès. Or, l'arrêt constate que la femme est sans ressources. Dès lors à quoi bon déclarer que le mari doit satisfaire « dans une certaine mesure » à la demande de provision ? Alors qu'on peut vivre plus ou moins largement, on ne plaide pas à moitié. De deux choses l'une : ou le mari est en état de fournir à sa femme les moyens de plaider, c'est-à-dire la provision entière, ou il est reconnu que cela dépasse ses forces et alors quelle que soit la « mesure » dans laquelle il pourrait y contribuer, la femme, puisqu'elle n'a pas de ressources, sera obligée de demander l'assistance judiciaire. Comme celle-ci n'est pas accordée pour partie, et qu'elle dispense le bénéficiaire du paiement de tous les frais, on ne voit pas à quoi servira la somme allouée à titre de provision *ad litem*.

Il y a lieu à ce sujet de regretter que l'assistance judiciaire ne puisse être accordée ou refusée que pour le tout, et qu'au lieu de constituer dans tous les cas une dispense entière des frais de justice elle ne puisse, dans certaines circonstances, avoir pour

objet la remise d'une partie seulement des frais de justice. Les bureaux d'assistance judiciaire, notamment pour l'instance qui nous occupe où les frais sont très élevés, se voient par suite dans l'obligation de l'accorder à des plaideurs qui ont certaines ressources et pourraient contribuer dans une certaine proportion aux frais du procès, mais ne sont cependant pas en état d'en supporter toute la charge.

Il n'y a donc pas lieu selon nous à allocation d'une provision *ad litem* au profit de la femme quand le mari a obtenu l'assistance judiciaire.

C'est avec raison que la Cour de Nancy a affirmé ce double principe : d'une part qu'une provision *ad litem* ne saurait être exigée du mari qui a obtenu l'assistance judiciaire, d'autre part que l'époux demandeur, qui a obtenu l'assistance judiciaire, ne saurait avoir droit à la provision *ad litem* (Nancy, 17 décembre 1903. *Gaz. du Palais*, 27 février 1904).

De sorte qu'en résumé, on peut dire que dans toute instance en divorce où l'un des époux a l'assistance judiciaire, il ne saurait être question de la provision *ad litem*, puisque cet époux ne peut réclamer la provision et qu'on ne saurait la mettre à sa charge.

Terminons l'étude des cas dans lesquels il y a lieu à provision *ad litem*, en disant que celle-ci peut être allouée à la femme non seulement pour la procédure de l'action en divorce ou en séparation de corps proprement dite, mais aussi pour toutes les procé-

dures qui en sont la conséquence directe ou indirecte. C'est ainsi qu'elle a été accordée à une femme séparée de corps pour défendre à un pourvoi formé par son mari contre un arrêt relatif à la liquidation (1).

---

1. Amiens, 13 février 1896. D. 97. 2. 438.

### CHAPITRE III

Que doit comprendre la provision ad litem ?

---

Elle doit s'élever à la somme jugée approximativement nécessaire pour couvrir les frais de l'instance. Elle variera d'après la longueur et l'importance de la procédure, telles qu'elles peuvent être prévues notamment à raison de la cause de divorce invoquée.

Une cause préremptoire est de nature à faire aboutir plus rapidement le procès et il y aura lieu alors à l'allocation d'une provision moins élevée qu'au cas où le divorce est demandé pour excès, sévices ou injures graves, et où une enquête est souvent ordonnée. Tout est affaire d'appréciation pour le juge ; d'ailleurs sa décision n'a rien d'irrévocable, la provision, si elle est insuffisante, pourra toujours être complétée au cours de l'instance (1).

---

1. Tribunal de la Seine, 7 mars 1895. *Gaz. Trib.*, 4 juillet 1895.

A la différence de la provision alimentaire le chiffre de la provision *ad litem* ne varie pas suivant la fortune et le rang social des parties, les frais fixés uniformément par les tarifs sont les mêmes quel que soit le degré d'aisance du mari ; ils dépendent de la longueur du procès et non des parties en cause. Il y aura donc lieu de moins tenir compte des ressources du mari et M. Coulon en conclut (1) que, sans pouvoir mettre à sa charge une obligation à laquelle il ne pourrait satisfaire, les tribunaux ne devront pas hésiter à accorder à la femme la provision qu'ils jugeront utile, même si le mari est obligé d'y consacrer une grande partie de ses revenus.

Mais d'autre part nous pensons que si la femme avait certaines ressources et était ainsi à même de supporter une partie des frais qu'elle expose, le juge devrait mettre à la charge du mari une provision moins élevée.

La provision peut-elle être réclamée non seulement pour les frais à faire, mais pour ceux déjà exposés ?

D'après une première opinion, la provision doit se restreindre aux frais à faire à partir du moment où elle est demandée ; pour les autres frais elle est sans utilité, car le défaut de ressources n'a pas nui à l'exercice de l'action (2).

---

1. Tome III, article 240.

2. Rouen, 30 janvier 1897, S. 97. 2. 239; Nancy, 19 janvier 1905. *Le Droit*, 17 février 1905.

Nous n'hésitons pas à adopter le système d'après lequel la provision peut comprendre les débours déjà faits. « La distinction entre ce qui a déjà été fait, et « ce qui reste à faire pour les besoins du procès est « puérile. C'est même *a fortiori* qu'il y a lieu de « subvenir à des dépenses d'autant plus certaines « que l'événement a démontré qu'elles étaient néces- « saires et dont on apporte la justification. » (1). On dit dans l'opinion contraire qu'en tout cas si la femme est sans ressources comme elle l'allègue, cela ne l'a pas empêchée d'agir jusqu'à ce jour. L'argument a la même valeur que celui qui consisterait, pour le mari actionné en paiement de termes arriérés de la pension alimentaire, à soutenir que sa femme ayant pu subsister malgré le non-versement de la pension, il ne saurait être condamné à fournir cette pension qui, pour le passé, est désormais sans objet.

Si la femme en effet a pu exercer son action c'est souvent grâce à des avances qui lui ont été faites ; elle a ainsi pris des engagements auxquels la provision doit lui permettre de faire honneur. L'avoué qui occupe pour elle a pu consentir à exposer des frais sans que la femme lui verse de fonds, et il importe, dans l'intérêt du crédit des femmes en ins-

---

1. Coulon, t. IV, p. 303.

tance de divorce, qu'il puisse en être remboursé au moyen de la provision qui en même temps mettra des fonds à sa disposition pour la suite de la procédure.

Le mari ne saurait bénéficier du retard souvent imputable à ses agissements qui fait que la plupart des frais sont exposés quand la provision *ad litem* est accordée ; or, c'est ce qui se produirait si cette provision ne pouvait s'appliquer qu'aux frais postérieurs au jour où elle est accordée ; le mari aurait intérêt à employer tous les moyens dilatoires pour qu'il soit statué le plus tard possible sur cette provision.

Enfin si la provision ne peut jamais comprendre les débours déjà faits, il ne sera pas possible d'y faire entrer tous les frais préliminaires de l'instance, frais souvent élevés, surtout dans l'opinion selon laquelle c'est au tribunal seul, jamais au président conciliateur, qu'il appartient de statuer sur la provision *ad litem*.

La Cour d'Amiens a fait une application particulièrement hardie du système que nous défendons, en décidant que la demande d'une provision *ad litem*, pour défendre à un pourvoi formé par le mari, devait être accueillie même venant devant le tribunal après rejet du pourvoi.

Il y avait deux raisons de douter, d'abord la femme n'avait plus de frais à faire, et en outre le règlement de 1738 accorde au défendeur en cas de rejet du pourvoi une indemnité de 150 francs.

La Cour s'est attachée à cette seule idée que la provision doit permettre à la femme de faire face à tous les frais de l'instance, et, constatant que l'indemnité de 150 francs à elle allouée n'était pas suffisante pour couvrir tous les frais nécessités par la défense, elle déclare qu'il peut y avoir lieu à allocation d'une provision *ad litem* pour le même objet<sup>(1)</sup>.

La provision *ad litem* doit évidemment comprendre tous les frais de procédure proprement dits susceptibles d'être taxés : droits de timbre, d'enregistrement, de greffe, émoluments des officiers ministériels, frais de déplacement des témoins, etc.

Mais doit-on prendre en considération les honoraires de l'avocat ?

Sans doute l'avoué est là qui dirigera la procédure et aidera la femme de ses conseils pendant toute l'instance, néanmoins la femme devra s'assurer le concours d'un avocat qui plaidera sa cause devant le tribunal. L'exposé oral de l'affaire au tribunal est particulièrement utile, les conclusions si complètes soient-elles ne sauraient tout dire, surtout dans un procès où l'on rencontre tant de points délicats et de choses difficiles à exprimer autrement que de vive voix.

Si donc l'assistance d'un avocat est véritablement nécessaire à la femme, pourquoi ses honoraires n'en-

---

1. Amiens, 13 février 1896. D. 97. 2. 438.

treraient-ils pas en ligne de compte pour la fixation de la provision ?

On ne saurait s'arrêter à la raison donnée par un jugement du tribunal de Bruxelles du 10 décembre 1887 (*Pand. belg. périod.*, 88. 3. 51), que la plaidoirie n'est que le développement des conclusions et ne constitue pas un élément essentiel de la défense ! C'est précisément parce qu'il est nécessaire que les conclusions soient développées oralement devant le tribunal que l'intervention de l'avocat est indispensable.

Le premier motif sérieux de douter est que l'avocat doit, d'après les règles de son ordre, prêter son concours sans obliger la partie à le rémunérer à l'avance. Comme son intervention ne finit qu'avec le procès, la femme n'a rien à lui payer pendant la durée de l'instance. Dès lors à quoi bon une provision ?

C'est en invoquant ce motif que la Cour de Bruxelles, par un arrêt du 11 mai 1888 (*Pand. Belges périod.*, p. 1435), a confirmé le jugement précité du tribunal de Bruxelles.

Ce raisonnement n'est pas convaincant. Il part de cette idée que la provision est donnée à la femme pour acquitter immédiatement les dépenses qu'occasionne le procès ; c'est là une idée fausse. Un fait seul est à considérer : la femme recourt au ministère d'un avocat et ce n'est pas là une dépense frustra-

toire. Dès lors la femme prend l'engagement de lui payer ses honoraires, il faut qu'elle soit mise à même de tenir son engagement. Peu importe à quel moment le paiement aura lieu. On ne peut contester que si l'avocat avait le droit de se faire payer d'avance, ses honoraires devraient être pris en considération pour la fixation de la provision. Le fait que le paiement anticipé ne peut être exigé ne change rien à la question, dans les deux cas la femme est débitrice et doit par suite être mise à même de payer.

D'ailleurs une instance en divorce peut être fort longue, durer plusieurs années, et il ne doit pas être défendu à la femme, en admettant que l'avocat ne puisse élever de réclamation à cet égard, de rémunérer au cours du procès des conseils et une intervention orale qui ont eu plusieurs fois l'occasion de se manifester, et dont elle n'a eu qu'à se louer bien que le procès soit encore en cours.

Une autre raison de douter que les honoraires de l'avocat doivent entrer dans la provision *ad litem* est fournie par le décret du 16 février 1807 sur le tarif des dépens en matière civile. Les articles 80 et 82 font entrer dans les frais de procédure, frais taxables et dont le gagnant peut réclamer le paiement à l'autre partie, une somme de 15 francs pour honoraires de l'avocat. On en a conclu que ces 15 francs doivent être considérés comme la seule

rémunération légale de l'avocat (Tribunal Bruxelles, 10 décembre 1887 précité).

Nous n'admettons pas non plus cette objection.

Dire que l'avocat de la femme n'aura droit qu'à ces 15 francs qui, en pratique, d'ailleurs ne lui sont généralement pas versés et restent à l'avoué, ce sera presque toujours empêcher la femme de se faire assister utilement d'un défenseur devant le tribunal. Or il ne faut pas perdre de vue que la provision *ad litem* doit fournir à la femme les moyens d'obtenir devant le tribunal une défense complète de ses intérêts telle qu'elle pourrait se la procurer si elle avait la jouissance de sa fortune que détient le mari ; elle doit pouvoir lutter à armes légales avec celui-ci. En sera-t-il ainsi si elle ne peut prélever sur la provision *ad litem* pour les honoraires de son avocat que la somme prévue par le décret de 1807 ?

C'est à tort, selon nous, que l'on fait intervenir ici ce décret.

Quel est l'objet de la disposition fixant à 15 francs les honoraires de l'avocat ? Seulement déterminer quelle somme pourra être réclamée de ce chef par le gagnant à son adversaire condamné aux dépens. Cela n'implique nullement que les honoraires ne puissent entrer pour une somme plus élevée dans la provision *ad litem* fournie par le mari à sa femme au cours de l'instance à un moment où on ne peut préjuger l'issue de celle-ci.

Aussi décidons-nous que le juge, en fixant le chiffre de la provision, devra prévoir dans celle-ci une somme destinée à faire face aux honoraires de l'avocat, et que cette somme ne sera pas limitée aux 15 fr. prévus par le décret de 1807.

La même question de savoir si la femme peut avoir droit à plus de 15 francs pour les honoraires de son avocat va reparaître sous une forme un peu différente dans le cas où la femme ayant gagné son procès, le mari est condamné aux dépens. La femme va recouvrer comme gagnante tous les frais qu'elle a exposés, ou pour mieux dire elle va s'attribuer, à concurrence des frais, la provision qu'elle a reçue. Si cette provision est supérieure aux frais elle restituera au mari la différence. Si au contraire les frais dépassent la provision le mari sera débiteur du surplus. Mais sera-t-elle en droit d'imputer sur cette provision les honoraires qu'elle a versés à son avocat et qui ne sont compris dans les dépens que pour une somme de 15 francs ? Conformément à la théorie que nous avons adoptée, nous admettons que la femme pourra imputer sur la provision la somme qu'elle a effectivement versée à son avocat ; il faut qu'elle sorte indemne du procès et ne soit obligée de supporter en définitive, pour quelque part que ce soit, les dépenses occasionnées par une instance où elle a triomphé.

Le contraire a cependant été jugé par la Cour de

Poitiers le 21 juillet 1890 (1), dans une espèce où la solution admise paraît d'autant plus discutable qu'il résulte de l'arrêt que lors du règlement des frais de divers incidents dans lesquels il avait succombé, le mari avait bénévolement consenti à acquitter le montant des honoraires de l'avocat de sa femme. La Cour constate avec raison qu'on ne peut induire de là un accord tacite entre les parties pour employer à cet usage la provision *ad litem*. Mais il nous semble que le mari, qui avait reconnu utile et justifiée l'assistance prêtée à sa femme par l'avocat pour les incidents, pouvait difficilement contester l'utilité de l'intervention de cet avocat lors du jugement au fond et se refuser à la rémunérer par l'imputation de ses honoraires sur la provision *ad litem*.

La femme peut-elle, sur appel du jugement qui prononce le divorce, demander en appel une provision destinée à faire face, non seulement aux frais à exposer devant la Cour, mais au reliquat des frais faits en première instance, la provision allouée en première instance ayant été insuffisante ?

Nous pensons que non, chaque juridiction ne doit se préoccuper que des frais exposés ou à exposer devant elle. La femme aurait dû faire appel du jugement de première instance, fixant la provision au moment où il a été rendu ; on objectera, il est vrai,

---

1. La Loi du 31 juillet 1890, note de M. Poulle.

qu'à ce moment elle ignorait ce que durerait l'instance et ne pouvait prévoir les complications qui se sont présentées, et qui, en augmentant les frais, ont rendu la provision insuffisante. En tous cas elle avait la ressource de s'adresser au tribunal de première instance pour obtenir un supplément à la provision du jour où celle-ci s'est trouvée épuisée (1).

Mais nous estimons d'autre part, faisant application des mêmes idées, qu'on ne peut subordonner l'allocation d'une provision en appel à la justification par la femme, au moyen d'états taxés et acquittés, de l'absorption de la provision allouée en première instance.

Les juges d'appel n'ont pas à vérifier l'emploi d'une provision qui était uniquement destinée aux frais de première instance et pour la fixation de laquelle le juge du premier degré n'a pu envisager la possibilité d'un appel.

Il est évident que cette provision, si elle n'a pas été épuisée, ne restera pas en définitive la propriété de la femme ; elle en devra compte à la liquidation, mais il n'appartient pas à la Cour d'exiger la justification par la femme que les frais ont épuisé la provision, et à défaut de cette justification de refuser une provision pour l'instance d'appel.

---

1. En sens contraire, Alger, 22 décembre 1902, *Rev. Algér.*, 1903, 186.

## CHAPITRE IV

### Du paiement de la provision

---

La provision *ad litem* ne saurait être fournie en nature. Elle doit l'être en argent.

Certains auteurs enseignent qu'elle peut être fournie en valeurs facilement négociables. Comme ce n'est pas en valeurs que la femme pourra payer son avoué ou son huissier, il est beaucoup plus logique de décider que le mari doit dans tous les cas fournir la provision en espèces, sauf à lui à aliéner des valeurs pour se procurer les fonds nécessaires. Autrement le tribunal fixant toujours un chiffre en argent on risquerait de créer, sans utilité pour personne, des difficultés sur la fixation de la somme d'argent représentée par les titres.

On peut s'étonner qu'un arrêt (1) ait dû affirmer que l'époux condamné au versement d'une provision ne saurait s'y soustraire par l'offre de payer des

---

1. Douai, 13 juin 1887. *Jurisprudence*, Douai, 1887, p. 248.

frais sur état. La provision en effet a pour but de permettre à l'époux sans ressources d'avancer les frais, ce n'est pas un moyen de se les faire rembourser, c'est là l'objet de la condamnation aux dépens.

Le tribunal pourra, de même que pour la pension alimentaire, prescrire les mesures qui lui paraîtront utiles pour assurer le paiement de la provision : séquestre des biens chargé de verser la provision à la femme, droit accordé à la femme de toucher directement une partie de ses revenus ou les intérêts de contrats déterminés, etc.

La femme jouira également de toutes les prérogatives attachées à la décision judiciaire qui l'accorde et qui constitue un titre exécutoire emportant condamnation, lui donnant droit par suite notamment à l'hypothèque judiciaire, lui permettant de pratiquer une saisie-arrêt ou une saisie-exécution.

Mais nous devons rappeler ce que nous avons dit pour la pension alimentaire et qui est également exact pour la provision *ad litem* que les déchéances étant de droit étroit, le mari ne peut être déclaré non recevable à poursuivre l'instance faite par lui de payer la provision *ad litem* (1).

---

1. Tribunal de la Seine, 18 nov. 1887, *Gaz. Pal.*, 18 mars 1887. — Paris, 16 février 1897. *Le Droit*, 3 mars 1897. — Trib. civ., Angers, 1<sup>er</sup> février 1898. *Rec., Angers*, 1898, 36.

Cette solution qui est certaine dans l'état des textes apparait comme bien injuste. Le mari poursuivra l'instance, fera toutes diligences pour obtenir une décision qui lui soit favorable, tout en refusant de verser à la femme la provision qui lui a été accordée et qui lui est nécessaire pour assurer sa défense.

La femme pourra sans doute user de tous les moyens que nous avons indiqués pour vaincre la résistance de son mari : saisies-arrêts, saisies-exécution, etc. Mais nul n'ignore que les moyens sont nombreux pour un débiteur de mauvaise foi de mettre sa fortune à l'abri des poursuites de ses créanciers, surtout si cette fortune est mobilière ; et la femme sera fréquemment tout à fait désarmée. Et l'on aura alors le spectacle scandaleux du mari se présentant devant les juges qui ont accordé une provision à la femme, dont il se refuse à exécuter la décision et les obligeant à statuer sur la demande, sans que la femme puisse, faute de ressources, défendre à cette demande ou faire valoir elle-même par une demande reconventionnelle ses griefs contre son mari.

Et l'on ne pourra même voir le mari défendeur, alors que la femme sera arrêtée dans la poursuite de l'instance parce qu'elle n'obtient pas paiement de la provision, faire devant le tribunal les diligences nécessaires pour arriver au rejet de la demande.

L'injustice dont la femme est ainsi victime semble encore plus inadmissible si l'on considère que la loi

a pris soin de sanctionner rigoureusement les obligations de la femme, c'est ainsi qu'elle est déclarée non recevable à suivre l'instance si elle quitte la résidence assignée. Or il n'y a aucun lien de raison entre ces deux choses : la poursuite de l'instance et l'habitation au lieu fixé. La loi punit de la perte du droit d'agir la violation de l'obligation de résidence sans qu'il y ait de rapport entre ce droit et cette obligation, et simplement parce qu'elle voit là un moyen efficace d'assurer l'exécution de l'obligation de la femme. On ne peut le lui reprocher, mais au moins devrait-elle se préoccuper d'assurer également l'exécution des obligations du mari ; or il n'en est rien, nous l'avons déjà constaté à propos de la pension alimentaire, et nous le voyons encore ici.

Pourtant il y a une corrélation évidente entre la provision *ad litem* et l'instance en cours ; cette provision est accordée à la femme pour qu'elle ne soit pas arrêtée faute de ressources dans l'exercice de ses droits, qu'elle puisse être aussi bien représentée, conseillée que son mari, en un mot qu'elle lutte à armes égales avec lui dans le combat judiciaire engagé. Et l'on est obligé d'admettre que la femme étant tout à coup désarmée, privée de ressources et mise dans l'impossibilité de continuer la lutte par la mauvaise foi du mari et son refus d'exécuter les décisions de justice, le mari pourra cependant poursuivre l'instance devant le tribunal contre son adversaire qu'il a privé des moyens de faire valoir ses droits.

Il faut reconnaître que la femme paraît dans la circonstance bien digne d'intérêt et qu'une réforme législative serait très désirable qui, en comblant cette lacune du Code, établirait à ce point de vue un peu plus d'égalité entre le mari et la femme.

## CHAPITRE V

### Droits des tiers sur la provision « *ad litem* »

---

Comme toutes les provisions alimentaires adjudgées par justice, la provision *ad litem* est en principe insaisissable (1).

Mais faut-il admettre l'exception établie par l'article 582 du Code de procédure civile et dire qu'elle peut être saisie pour cause d'aliments ?

Cette exception reçoit évidemment son application comme nous l'avons vu quand il s'agit de la pension alimentaire allouée à la femme pendant l'instance. Nous ne pensons pas cependant qu'on doive l'appliquer à la provision *ad litem*, à raison du caractère spécial de cette provision qui ne permet pas de la faire rentrer à ce point de vue dans la pension alimentaire. Celle-ci en effet a pour objet d'assurer pendant la durée du procès la subsistance de la femme

---

1. (*Code de procédure*, art. 581). Tribunal de la Seine, 28 novembre 1889 et 9 janvier 1890. *Le Droit*, 10 janvier 1890.

et de ceux qui peuvent être à sa charge, de ceux qui auraient pu avant l'instance lui réclamer des aliments et qui conservent ce droit malgré le désaccord survenu entre les époux. Il est donc juste que la femme contribue à leur entretien au moyen de la pension que lui sert le mari et par suite on doit leur permettre de se faire attribuer, malgré la résistance de la femme, une partie de cette pension. On ne peut raisonner de même pour la provision *ad litem* ; celle-ci a une affectation spéciale : subvenir aux frais du procès, et elle ne doit pas en être détournée même au profit des créanciers d'aliments. La femme elle-même ne pourrait s'en servir pour se procurer des aliments, à plus forte raison les créanciers alimentaires de la femme ne sauraient-ils être admis à se la faire attribuer au moyen d'une saisie-arrêt pour la satisfaction et leurs besoins alimentaires.

Le caractère spécial de la provision *ad litem*, son affectation exclusive au paiement des frais de l'instance, nous amènent à décider, contrairement à l'opinion générale, qu'elle n'est pas non plus cessible. La cession qu'en ferait la femme à toute personne autre que son avoué aurait pour résultat de la détourner de sa destination. En outre, nous pensons que l'avoué de la femme a un droit propre sur cette provision, et il ne faut pas que ce droit puisse être primé par celui qu'un tiers puiserait dans une cession consentie par la femme. Nous admettons donc l'incessibilité de la provision.

Nous venons de dire que l'avoué de la femme a un droit spécial sur cette provision. Quelle est la nature de ce droit ? La provision est accordée à la femme : c'est à son profit qu'intervient la condamnation prononcée contre le mari, la provision est donc sa propriété et nullement celle de l'avoué. Mais cette provision a une destination particulière dont elle ne doit pas être détournée : paiement des frais nécessités par le procès ; comme c'est l'avoué qui expose ces frais, c'est à lui en somme que profite la provision et qu'elle doit finalement être versée. Nous en concluons qu'il a sur cette provision un droit *sui generis* qui peut, il nous semble, être rapproché du droit de l'avoué distractionnaire sur les dépens auxquels a été condamné l'adversaire de son client. La même idée doit s'appliquer dans les deux cas : une condamnation intervient au profit d'une partie pour lui permettre de faire l'avance ou lui assurer le remboursement des frais d'une instance ; il est de toute justice que le bénéfice de la condamnation soit attribué à l'avoué qui est appelé à exposer les frais ou à qui les frais exposés restent dus.

Le droit de l'avoué sur la provision a d'ailleurs été reconnu par la jurisprudence. Nous lisons dans un arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 1853 (S. 53. 1. 737) :

« Qu'une fois qu'un jugement allouant une provision à une femme plaidant en séparation de corps

« est rendu et qu'elle a pour destination spéciale les  
« frais du procès, cette provision est acquise à l'a-  
« voué de la femme pour le remboursement des  
« frais qui lui sont dus, quel que soit le résultat ulté-  
« rieur de la demande en séparation de corps. »

Nous déduisons de là que l'avoué de la femme qui a au cours de l'instance obtenu une provision, aura une action directe contre le mari pour réclamer le paiement de ses frais et avances sur cette provision, quel que soit le résultat de l'instance. Et nous pensons, contrairement à un jugement du tribunal civil de la Seine du 13 juin 1895 (*Le Droit*, 8 et 9 juillet 1895), qu'il en est ainsi alors même que le paiement de la provision n'aurait pas été obtenu ni même réclamé avant le jugement prononçant le divorce.

Mais quels vont être les droits de l'avoué lorsque la demande ayant été rejetée et la femme condamnée aux dépens, il lui reste encore dû des frais, soit que la provision accordée ait été insuffisante, soit qu'il n'en ait été accordé aucune ?

Il aura pour débitrice la femme qui s'est engagée valablement envers lui. Mais pourra-t-il agir également contre le mari et la communauté pour le paiement des frais qui lui restent dus ?

La raison de douter vient de l'article 1426 du Code civil, aux termes duquel « les actes faits par la femme  
« sans le consentement du mari, et même avec l'au-  
« torisation de la justice, n'engagent point les biens  
« de communauté ».

Quelques auteurs et certains arrêts ont cependant admis que ces frais étaient à la charge du mari ou de la communauté (1).

A l'appui de cette opinion on allègue que les règles établies au chapitre du divorce ont implicitement dérogé aux principes posés par les articles 1426, 1427 et 1428. La loi, en allouant à la femme une provision pour subvenir aux frais du procès, indique bien que le mari est tenu de les payer ; si donc cette provision n'a pas été demandée ou est insuffisante, le mari doit après la solution du procès en séparation, quelle que soit son issue, payer sur les biens de la communauté les frais qu'il eût pu être obligé de payer par la provision, sauf récompense sur les biens de la femme lors de la dissolution de la communauté. Le mari doit d'autant moins s'en plaindre que la femme, en ne lui réclamant pas une provision au cours de l'instance, lui a évité les frais d'une procédure et d'un jugement sur l'incident.

Mais ce système n'a pas triomphé à raison des termes absolus de l'article 1426. Si le législateur, en donnant à la femme le droit de se faire allouer une provision *ad litem*, a apporté une exception à la règle

---

1. Thomine-Démaures. *Comment. C. pr.* t. II, n° 1032. — Bellaigue, *Rec. prat.*, 1862, t. XIII, p. 517. — Paris 11 mai 1815. P. chr. D. A. 10. 201. — Paris, 14 août 1840. P. 41. I. 317. — Aix, 26 mai 1886, S. 87. 2. 97.

formulée dans cet article, l'exercice doit en être restreint dans les limites déterminées par la loi. Le but de la provision est d'éviter que la femme ne puisse pas, faute de ressources, se faire rendre justice, or la procédure est terminée et le jugement rendu, la femme a donc eu le moyen de conduire sa procédure sans provision.

MM. Vraye et Gode (t. II, p. 79) s'expriment ainsi à ce sujet : « Le principe du droit à la provision existe  
« dans l'article 212 du Code civil, mais comment la  
« femme qui a succombé ou bien son avoué pour-  
« raient-ils invoquer encore le principe après la  
« décision déclarant les poursuites de la femme témé-  
« raires et mal fondées ? Fournir à la femme les  
« fonds nécessaires à une demande qui peut être  
« juste, voilà bien une obligation d'assistance, mais  
« les lui fournir quand la demande est rejetée serait  
« une obligation dont le fondement n'existe nulle  
« part dans la loi. »

Et MM. Vraye et Gode concluent que l'avoué n'aura qu'une action personnelle contre la femme. C'est cette opinion qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence (1).

---

1. Rodière et Pont. *Contrat de mariage*, t. I n° 610. — Trolong, t. II n° 952 — Cass. 12 juillet 1837, D. P. 1837, 1.470. — Angers, 28 juin 1850, S. 52. 2. 129. — Cass., 30 avril 1862. P. 63. 296. — Trib. civ. de la Seine, 13 juin 1895. *Le Droit*, 9 juillet 1835.

Elle est assez rigoureuse pour l'avoué et de nature à nuire au crédit de la femme en instance de divorce ; d'autre part les motifs invoqués ne nous paraissent pas tous également probants.

On dit que la procédure étant terminée, c'est la preuve que la femme n'avait pas besoin d'une provision. Le fait que des frais restent dus à l'avoué démontre au contraire, à notre avis, que la femme n'avait pas les ressources nécessaires pour faire face aux frais de l'instance, et la situation de l'avoué n'en est que plus intéressante, puisque c'est grâce à l'avance qu'il a faite des frais que la femme a pu suivre l'instance jusqu'au bout.

MM. Vraye et Gode tirent argument contre l'avoué de ce que la demande a été rejetée ; mais cela ne doit diminuer en rien ses droits. Tant que l'instance était en cours on n'en pouvait préjuger le résultat, et on ne saurait reprocher à l'avoué d'avoir aidé la femme en lui faisant l'avance des frais. Il semble bien rigoureux, alors qu'il a consacré tous ses soins à la défense des intérêts de la femme, de le rendre responsable de l'issue du procès.

C'est donc à regret que nous nous rallions à l'opinion générale qui nous paraît commandée par les termes de l'article 1426 du Code civil.

L'avoué n'aura par suite qu'une action contre la femme sa cliente.

Il pourra d'abord exercer ses droits sur la nue pro-

priété des biens propres. Mais si la femme est mariée sous le régime dotal, pourra-t-il poursuivre les biens dotaux ?

La jurisprudence des cours d'appel a depuis longtemps admis que l'avoué avait toujours action subsidiaire sur les biens dotaux pour recouvrer ses avances, quelle qu'ait été l'issue de l'instance, et la Cour de cassation par arrêt du 19 juillet 1887 (1), a consacré cette doctrine en décidant que le recouvrement des frais de l'avoué pourrait être poursuivi sur l'immeuble dotal « la demande en séparation de corps ayant pour but indirect mais nécessaire, la séparation de biens destinée à assurer la conservation de la dot ». Cependant il semble que l'avoué ne doive être admis à recouvrer ses avances que sur la nue propriété des biens dotaux, les revenus appartenant exclusivement au mari.

---

1. *Pand. fr.*, 87. I. 219.

## CHAPITRE VI

### Imputation de la provision lors de la liquidation

---

En étudiant la pension alimentaire nous nous sommes demandé si les termes de pension versés par le mari au cours de l'instance constituaient des avances remboursables et devaient être imputés lors de la liquidation sur la part de la femme ; ou si au contraire, on devait les considérer comme ayant été payés en vertu du devoir de secours et d'assistance entre époux édicté par l'article 212, et les déclarer en conséquence non sujets à répétition. Rappelons que nous avons adopté l'opinion suivant laquelle le caractère de la pension dépendra du résultat de la liquidation : si les arrérages de la pension servie par le mari à la femme sont inférieurs aux intérêts de ses reprises, et de sa part dans la communauté, intérêts dont le mari doit compte à partir de l'introduction de la demande, la pension aura un caractère provisionnel et il y aura lieu à imputation ;

si au contraire les arrérages de la pension sont supérieurs aux intérêts des reprises de la part de communauté, les arrérages de la pension seront considérés, dans la mesure où ils excèdent les intérêts, comme ayant un caractère alimentaire, et resteront à la charge du mari.

Que décider en ce qui concerne la provision *ad litem*. Y a-t-il lieu de l'assimiler complètement à la pension alimentaire ? Nous ne le pensons pas, car il y a lieu de tenir compte du résultat de l'instance.

Au cours de l'instance la provision apparaît bien comme un prêt, une avance remboursable consentie par le mari à la femme qui n'a pas la disposition de ses biens, pour lui permettre de faire valoir ses droits.

Mais l'instance se termine par un jugement qui donne gain de cause à l'une des parties, et statue sur les dépens.

Or, si la femme demanderesse ou défenderesse a gagné, le mari est condamné aux dépens, il est donc obligé de payer à titre de dépens tous les frais exposés par la femme. Celle-ci ne peut en outre retenir la provision qui ferait double emploi avec ces frais, elle peut seulement compenser à due concurrence les frais qui lui sont dus par le mari avec la provision qu'elle doit lui restituer, et tout au plus peut-elle retenir, en outre des frais, sur la provision (mais le point est controversé), les honoraires de l'avocat.

Si au contraire c'est la femme qui perd le procès, non seulement elle garde à sa charge les frais par elle exposés, mais encore elle doit payer ceux du mari, car elle est condamnée aux dépens. Elle devra donc restituer la provision, car, si elle la conservait et ne faisait qu'acquitter les frais du mari, c'est lui qui en définitive supporterait les frais qu'elle a exposés, or il doit sortir indemne du procès où il a triomphé. Et elle fera cette restitution au moyen non seulement des revenus et intérêts, mais même du capital de ses reprises et propres.

Ce sont ces principes que la jurisprudence applique (1).

Il a été jugé dans ce sens, d'une part, que le notaire liquidateur fait une juste appréciation des droits des parties, en portant au passif du compte de la femme divorcée la somme représentant en capital et intérêts la provision *ad litem* que le mari lui a fournie au cours de l'instance, d'autre part que les frais de l'instance mis par le jugement à la charge de la femme qui a succombé ne constituant ni une dette ni une charge de la communauté, sont à juste titre portés au débit du compte de la femme (2), sans qu'il y ait atteinte à la clause du contrat de mariage aux termes de laquelle

---

1. Trib. de Narbonne, 23 juin 1903. *Mon. Jud.* Lyon, 22 juillet 1903.

2. Douai, 17 novembre 1899. *Rev. Douai*, 1900-36.

les reprises de la femme devront s'exercer franches et quittes de toutes dettes et charges de la communauté (1).

Nous en déduirons également que si, en dehors de toute provision *ad litem*, la communauté a payé des frais exposés par la femme contre laquelle le divorce a été prononcé, cette avance n'ayant évidemment pas eu lieu dans un intérêt commun donne lieu au profit de la communauté à une récompense contre la femme.

Jusqu'ici nous avons supposé que la femme recueillait lors de la liquidation un émolument suffisant pour lui permettre le remboursement de la provision qu'elle a touchée, et nous avons admis, contrairement à ce que nous avons décidé pour la pension alimentaire, que ce remboursement s'effectuera non seulement au moyen des revenus des biens de la femme, mais même au besoin par imputation sur le capital de ses reprises,

Si cependant l'actif de la femme, tel qu'il ressort de la liquidation, n'est pas égal aux sommes qu'elle a reçues pendant l'instance à titre de provision, il faut faire intervenir à nouveau les devoirs de secours et d'assistance dont les époux sont tenus l'un

---

1. Amiens, 24 décembre 1896 et sur pourvoi. Req., 9 juin 1898. D. 1899. 1. 198.

envers l'autre. Les sommes avancées par le mari à la femme pour sa défense, dans la mesure où elles excèdent l'émolument de celle-ci, revêtent un caractère alimentaire et restent à la charge du mari.

---

Vu: le Président de la thèse,  
ANDRÉ WEISS

Vu: le Doyen,  
GLASSON

Vu et permis d'imprimer :  
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

LIARD

## TABLE DES MATIÈRES

|                    |   |
|--------------------|---|
| INTRODUCTION ..... | 5 |
|--------------------|---|

### PREMIÈRE PARTIE

#### Des mesures provisoires en général

|                                                                                                                                   |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Législation antérieure à la loi du 18 avril 1886...                                                                               | 13 |
| Législation actuelle.....                                                                                                         | 19 |
| <i>Première période.</i> — De la présentation de la requête à<br>l'assignation devant le tribunal.....                            | 20 |
| I. — Pouvoirs du président dans la première<br>ordonnance.....                                                                    | 21 |
| II. — Mesures ordonnées par l'ordonnance de non-<br>conciliation.....                                                             | 22 |
| III. — Voies de recours contre cette ordonnance..                                                                                 | 23 |
| IV. — Déchéance encourue par le demandeur qui<br>n'assigne pas dans les vingt jours de l'ordon-<br>nance de non-conciliation..... | 29 |
| V. — Compétence du juge des référés.....                                                                                          | 34 |
| <i>Deuxième période.</i> — De l'assignation devant le tribu-<br>nal au jugement ou à l'arrêt définitif.....                       | 37 |
| I. — Mesures que peut ordonner le tribunal.....                                                                                   | 37 |
| II. — Conciliation de ses pouvoirs avec ceux de la                                                                                |    |

|                                                                                               |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Cour saisie de l'appel de l'ordonnance de non-conciliation.....                               | 38 |
| III. — Compétence du juge des référés.....                                                    | 48 |
| IV. — Mesures provisoires ordonnées par la Cour.                                              | 53 |
| V. — Caractère révocable des mesures provisoires.....                                         | 56 |
| VI. — Exécution par provision des jugements ou arrêts statuant sur les mesures provisoires... | 58 |

## DEUXIÈME PARTIE

### Résidence de la femme

|                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE I. — Par qui et dans quels cas peut être autorisée la résidence séparée.....  | 85  |
| CHAPITRE II. — Fixation du lieu de la résidence de la femme.....                       | 100 |
| CHAPITRE III. — Effets de la fixation d'une résidence séparée.....                     | 116 |
| CHAPITRE IV. — Déchéances encourues par la femme qui abandonne la résidence fixée..... | 125 |
| CHAPITRE V. — Séparation conventionnelle d'habitation.....                             | 144 |
| CHAPITRE VI. — Remise des effets personnels.....                                       | 147 |

## TROISIÈME PARTIE

### Pension alimentaire

|                                                        |  |
|--------------------------------------------------------|--|
| CHAPITRE I. — Jurisdiction compétente pour accorder la |  |
|--------------------------------------------------------|--|

|                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| pension alimentaire.....                                                                          | 156 |
| CHAPITRE II. — Dans quels cas il y a lieu d'allouer une<br>pension.....                           | 160 |
| CHAPITRE III. — Détermination du chiffre de la pen-<br>sion.....                                  | 170 |
| CHAPITRE IV. — A partir de quel moment et jusqu'à<br>quel moment la pension devra être payée..... | 176 |
| CHAPITRE V. — Du paiement de la pension. — Mesures<br>destinées à assurer ce paiement.....        | 179 |
| CHAPITRE VI. — Imputation de la pension lors de la<br>liquidation.....                            | 204 |

## QUATRIÈME PARTIE

### Provision ad litem

|                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE I. — Qui peut allouer la provision <i>ad litem</i> .....                | 218 |
| CHAPITRE II. — Dans quels cas il y a lieu à provision<br><i>ad litem</i> .....   | 228 |
| CHAPITRE III. — Que doit comprendre la provision <i>ad</i><br><i>litem</i> ..... | 244 |
| CHAPITRE IV. — Du paiement de la provision.....                                  | 255 |
| CHAPITRE V. — Droits des tiers sur la provision.....                             | 260 |
| CHAPITRE VI. — Imputation de la provision lors de la<br>liquidation.....         | 268 |





